***TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO***

******

***PEREIRA RISARALDA***

***MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

*Radicación Nro.**: 66170-31-05-001-2016-00231-01*

*Proceso : Acción de Tutela*

*Accionante : Rafael Antonio Castaño Marín en representación de María Raquel Cardona Muñoz*

 *Accionado : Asmet Salud EPSS y otra*

 *Juzgado de Origen : Laboral del Circuito de Dosquebradas*

*Providencia : Segunda Instancia*

***Tema***  *:* ***Prestación de servicios fuera del POS en el régimen subsidiado.*** *Los servicios de salud que se prestan a los usuarios del sistema, se pueden clasificar entre los que se encuentran en el plan básico de salud y aquellos que están por fuera de dicho plan. Frente a los primeros, ninguna dificultad se encuentra, pues le incumbe directamente a la EPS o a la EPSS prestar el servicio, pero los segundos sí encuentran una mayor dificultad para su prestación, pues en principio, al estar por fuera de las obligaciones básicas que deben cubrir las entidades prestadoras de salud, sería el mismo usuario o el Estado, los encargados de conseguirlas. No obstante lo anterior, es claro que por la naturaleza misma del derecho fundamental a la salud y por los factores sociales y económicos que rodean el sistema, resulta difícil, sino imposible, que sea el mismo usuario o el Estado, el que se encargue de los servicios por fuera del POSS, razón por la cual se ha decantado que la misma entidad prestadora de salud es la obligada a cubrir dichos servicios, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: “Cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos. Cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas reiteradamente por la Corte: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”.* ***Recobro.*** *Dicho acto administrativo [Resoluciòn 1479 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social] tiene por objeto: “establecer el procedimiento para el cobro y pago por parte de los Departamentos y Distritos a los Prestadores de Servicios de Salud Públicos, Privados o Mixtos, por los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud – POS, provistas a los afiliados al Régimen Subsidiado, autorizados por los Comités Técnico Científicos – CTC u ordenados mediante providencia de autoridad judicial”. Como se lee claramente, este acto administrativo establece todo el procedimiento correspondiente a la recuperación de los valores pagados por las EPSS, en virtud de servicios médicos no incluidos en el POS, razón por la cual se torna innecesaria e inocua una orden del Juez de tutela en el sentido de autorizar un recobro, cuando tal situación obedece a un trámite administrativo que debe agotar la entidad*

Pereira, cuatro de agosto de dos mil dieciséis.

Acta número \_\_\_\_ 04 de agosto de 2016.

 Procede la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación del fallo, contra la sentencia dictada por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, el 23 de junio del año que corre, dentro de la acción de tutela promovida por ***Rafael Antonio Castaño Marín como agente oficio de María Raquel Cardona Muñoz*** en contra de la ***Asmet Salud EPSS y la Secretaria Departamental de Salud de Risaralda.,*** por la violación de su derecho constitucional a la salud.

 El proyecto presentado por el ponente, fue aprobado y corresponde a la siguiente,

*I-* ***SENTENCIA.***

***1. Hechos jurídicamente relevantes.***

Para efectos de desatar la impugnación propuesta por la parte accionante, resulta relevante decir que el agente oficioso de la señora Cardona Muñoz pretende que se tutele el derecho fundamental mencionado y se ordene a la entidad demandada a entregar la Nutrición Completa y Balanceada Ensure x 900 gramos, en una cantidad de 18 tarros formula para tres meses, así como la atención medica integral que requiera la patología de la demandante en tutela.

Para así pedir, relata que la agenciada está afiliada al régimen subsidiado de salud en la EPSS Asmet Salud, que padece Desnutrición Proteicocalorica-Colostomia, que el médico tratante ordenó “Nutrición Completa y Balanceada Ensure x 900 gramos, en una cantidad de 18 tarros fórmula para tres meses”, que la EPSS negó verbalmente el suministro de la formula, que la titular de los derechos es una persona de escasos recursos que no tiene como sufragar directamente el valor de los suplementos ordenados

***2. Actuación procesal.***

Admitida la tutela, se dio traslado al ente accionado y se vinculó a la Secretaria Departamental de Salud. Esta entidad allegó respuesta indicando que los servicios requeridos deben ser brindados por la EPSS a la que está afiliada la demandante. La EPSS Asmet Salud guardó silencio.

***3. Sentencia de primera instancia.***

El a quo dictó fallo en el que tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la señora María Raquel Cardona Muñoz y ordenó a la EPSS la entrega del medicamento requerido en el término de 48 horas y el tratamiento integral que requiera el padecimiento de desnutrición proteico calórica severa de la demandante. Igualmente, desvinculó a la Secretaria Departamental de Salud. Para así concluir encontró que es clara la fundamentalidad del derecho a la salud de la accionante y resulta indispensable el suministro de la aludida medicación para que esta pueda recuperar su salud. Igualmente, encuentra que el servicio de salud que debe dársele debe contar con unos parámetros de calidad, eficacia y oportunidad, por lo que es necesario que se garantice el tratamiento integral de la demandante. Determinó además, que en caso de que se incurra en tratamientos, medicamentos y otros gastos médicos por fuera del POS, deberá procederse de conformidad con la Resolución No. 1479 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social.

***4. Impugnación.***

La EPSS Asmet Salud impugnó la decisión, estimando que le corresponde a la Secretaria de Salud Departamental entregar la medicación requerida por la accionante, dado que la misma está por fuera del POSS. En subsidio de lo anterior, en caso de que se le ordene a la EPSS suministrar la medicación y todos los demás servicios médicos, pide que se autorice el recobro ante el Fosyga o la entidad territorial.

*II-* ***CONSIDERACIONES.***

***1. Competencia.***

Esta Colegiatura es competente para resolver la impugnación presentada por la parte accionada, en virtud de los factores funcional y territorial.

***2. Problema Jurídico***

*¿Corresponde a la entidad territorial la prestación de los servicios de salud que se encuentren por fuera del POSS?*

*¿Se puede ordenar el recobro ante el Fosyga o ante la entidad territorial por los servicios médicos que estén por fuera del POSS?*

***3. Desarrollo de la problemática planteada:***

El derecho a la salud ha sido elevado a rango de fundamental, no solo en virtud de la Ley 1751 de 2015, sino de incontables pronunciamientos de la Corte Constitucional, siendo el más relevante el contenido en la sentencia T-760 de 2008, que decantó de manera clara su fundamentalidad, partiendo de que el mismo protege múltiples ámbitos en la vida del ser humano y que es un presupuesto esencial e inherente para que materializar el principio de dignidad humana que sustenta la Constitución de 1991.

Tal derecho implica una serie de garantías que van desde la ubicación en uno de los campos de cobertura del sistema (régimen contributivo, subsidiado o personas vinculadas) hasta la atención integral de los servicios de salud que sean indispensables para recuperarla, mejorarla u optimizarla.

Los servicios de salud que se prestan a los usuarios del sistema, se pueden clasificar entre los que se encuentran en el plan básico de salud y aquellos que están por fuera de dicho plan. Frente a los primeros, ninguna dificultad se encuentra, pues le incumbe directamente a la EPS o a la EPSS prestar el servicio, pero los segundos sí encuentran una mayor dificultad para su prestación, pues en principio, al estar por fuera de las obligaciones básicas que deben cubrir las entidades prestadoras de salud, sería el mismo usuario o el Estado, los encargados de conseguirlas. No obstante lo anterior, es claro que por la naturaleza misma del derecho fundamental a la salud y por los factores sociales y económicos que rodean el sistema, resulta difícil, sino imposible, que sea el mismo usuario o el Estado, el que se encargue de los servicios por fuera del POSS, razón por la cual se ha decantado que la misma entidad prestadora de salud es la obligada a cubrir dichos servicios, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

*“Cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos. Cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas reiteradamente por la Corte: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”[[1]](#footnote-1).*

Analizando las mencionadas reglas en el caso sub-judice, se tiene que el padecimiento de salud de la titular de los derechos en contienda es una desnutrición proteicocalorica severa y el medicamento ordenado –Ensure- es precisamente un suplemento nutricional, por lo que de no suministrarlo, se pondría en calzas prietas a la señora Cardona Muñoz para recuperar su salud y la enfermedad podría avanzar a etapas muy riesgosas para la vida misma de ella. En cuanto a la posibilidad de sustitución del medicamento, no se aportó ningún concepto médico que indique la posibilidad de sustituir el medicamento ordenado por otro. Respecto al tema de la capacidad económica de la titular del derecho, dígase que la misma bien puede colegirse de su calidad de afiliada al Régimen Subsidiado de Salud, como lo ha determinado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T-096-16, por lo que se tendrá por satisfecho también este presupuesto. Finalmente, dígase que el medicamento fue ordenado por el galeno tratante de la EPSS, tal como se observa a folios 9 y 10 de la actuación.

Se cumplen pues, todos las exigencias jurisprudenciales para que sea la EPSS Asmet Salud la que, sin dilaciones, entregue el medicamento ordenado por el galeno tratante, obligación que no está a cargo de la Entidad Territorial, como se persigue en el recurso, pues las funciones del Departamento en materia de salud, son de dirección, administración y financiamiento del mismo (art. 43 L. 715/01), mas no están encaminadas a la prestación directa de servicios.

Por ello, la orden del a-quo es acertada, en el sentido de imponer tal carga a la EPSS Asmet Salud.

En cuanto al recobro solicitado, se tiene que en el fallo el Juez dispuso que en el evento en que se presten servicios por fuera de los planes básicos de cobertura, se debía adoptar el procedimiento establecido en la Resolución No. 1479 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, para lo cual el Departamento de Risaralda adoptó el modelo de Recobro, regulado mediante la Resolución 1261 de 2015.

Dicho acto administrativo tiene por objeto: *“establecer el procedimiento para el cobro y pago por parte de los Departamentos y Distritos a los Prestadores de Servicios de Salud Públicos, Privados o Mixtos, por los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud – POS, provistas a los afiliados al Régimen Subsidiado, autorizados por los Comités Técnico Científicos – CTC u ordenados mediante providencia de autoridad judicial”.* Como se lee claramente, este acto administrativo establece todo el procedimiento correspondiente a la recuperación de los valores pagados por las EPSS, en virtud de servicios médicos no incluidos en el POS, razón por la cual se torna innecesaria e inocua una orden del Juez de tutela en el sentido de autorizar un recobro, cuando tal situación obedece a un trámite administrativo que debe agotar la entidad. Por lo tanto, se abstendrá la Sala de adicionar el fallo de tutela con la aludida orden.

Así las cosas, se observa atinada la decisión de tutela impugnada, por lo que se confirmará.

En mérito de lo expuesto, ***el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

***FALLA***

***1º. Confirmar*** el fallo impugnado, proferido el 23 de junio de 2016 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, dentro de la acción de tutela de la referencia.

***2. Notificar*** *la decisión por el medio más eficaz.*

***3. Remitir*** *el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.*

***CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.***

 **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÙLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario

1. Sentencia T-210-2015. [↑](#footnote-ref-1)