## *TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO*

## *PEREIRA RISARALDA*

## *MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES*

| | | |
|---|---|---|
| *Radicación Nro.* | *:* | *66001-31-05-003-2014-00290-01* |
| *Proceso* | *:* | *Acción de Tutela* |
| *Accionante* | *:* | *Ana Lida Valencia de Laverde* |
| *Accionado* | *:* | *Nueva EPS* |
| *Juzgado de Origen* | *:* | *Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda)* |
| *Providencia* | *:* | *Segunda Instancia* |
| Tema | : | ***La facultad de recobro por el suministro de medicamentos y/o servicios médicos excluidos del POS por parte de las EPS del régimen contributivo:*** *En innumerables providencias la Corte Constitucional ha hablado sobre la facultad que le asiste a las E.P.S. del régimen contributivo de solicitar el pago ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, de los gastos en que hubieren incurrido al brindarle a sus afiliados todos los medicamentos o tratamientos que requieran y que no estén incluidos dentro del POS. (T-355 de 2012). No obstante, conforme a los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, la facultad de recobro tiene un carácter legal, razón por la cual, no resulta necesaria la mediación del Juez Constitucional para obtener el pago de los servicios que deban asumir las EPS, toda vez que el procedimiento para dicho efecto, fue determinado por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, a través de la Resolución No. 5395 de 2013.* |

Pereira, dos de marzo de dos mil quince.

Acta número ____ 2 de marzo de 2015.

Procede la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación del fallo, contra la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, el 30 de enero del presente año, dentro de la acción de tutela promovida por ***Ana Lida Valencia de Laverde*** en calidad de agente oficiosa de su padre ***Antonio María Valencia Hernández,*** en contra de la ***Nueva EPS***, por la presunta violación de sus derechos constitucionales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y en general, los derechos de las personas de la tercera edad.

El proyecto presentado por el ponente, fue aprobado por los restantes miembros de la Sala y corresponde a la siguiente,

## I- **SENTENCIA.**

**Hechos jurídicamente relevantes.**

Se manifiesta en la demanda de tutela que el señor Antonio María Valencia Hernández, es una persona de 94 años de edad; que se encuentra afiliado a la NUEVA EPS; que es un paciente con enfermedad obstructiva crónica, exacerbación aguda, demencia tipo Alzheimer, incontinencia urinaria, razón por la cual necesita pañales desechables permanentemente; que su núcleo familiar no cuenta con los recursos económicos necesarios, para cubrir los costos que demanda la cantidad de pañales desechables que necesita el agenciado; que cuando se presenta alguna emergencia y se traslada al señor Valencia Hernández en ambulancia, deben cubrir el valor de $180.000 por ese servicio, dinero que se les dificulta juntar; que se elevó un derecho de petición ante la Nueva EPS con el fin de procurar el suministro de los mencionados pañales desechables, los servicios de enfermera y ambulancia, sin embargo, fueron negados porque no estaban incluidos en el POS.

Con ocasión a lo antes narrado, solicita que se ordene la entrega de pañales desechables para adulto; el servicio de enfermera para que se le realicen al accionante, las terapias respiratorios y corporales y; el servicio de ambulancia, sin ningún costo adicional.

**Actuación procesal.**

Dentro del término concedido a la EPS accionada, procedió a dar contestación al escrito de tutela, indicando que al señor Antonio María Valencia Hernández se le había comunicado que los pañales desechables se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud –POS- y por tal motivo, el Comité Técnico Científico no había autorizado su entrega, además porque los mismos son considerados como objetos personales que deben ser asumidos por los propios pacientes; que el servicio de ambulancia no había sido prescrito por el médico tratante, sino que está siendo solicitado a juicio personal por el accionante y; respecto al servicio de enfermera las 24

horas, indicó que no existe ninguna orden al respecto, pero, dado que Valencia Hernández actualmente se encuentra en el plan de atención domiciliaria por parte de esa entidad, solicitaría una valoración actualizada de su estado de salud, con el fin de que sea el médico tratante, quien defina la necesidad de ese servicio y no la familia. Y para finalizar, indicó que la integralidad que reclamada el accionante, es brindada por la Nueva EPS a cada uno de sus afiliados, de acuerdo a las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el POS régimen contributivo, por lo tanto, no resulta procedente, solicitar unos servicios frente a unos eventos que aún no se han presentado. Que en todo caso, de ordenarse por el médico tratante un servicio o medicamento que no está incluido en el POS, el Juez de tutela deberá garantizar el derecho al recobro ante el Fosyga.

**Sentencia de primera instancia.**

La *a-quo* dictó sentencia de fondo en la cual tuteló el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, y ordenó a la NUEVA EPS la entrega de los pañales desechables para adulto en la cantidad, talla y periodicidad ordenada por el médico tratante; ordenó que en el término de 48 horas, valorara científicamente al agenciado y, de acuerdo a los diagnósticos, autorice los servicios a que haya lugar, además del tratamiento integral que requiera.

**Impugnación.**

Dicha determinación judicial fue objeto de impugnación por la EPS accionada, indicando que nada se dijo en torno al recobro de los servicios en salud NO POS que se le autoricen al accionante, esto es por los pañales desechables para adulto, por cuanto no fue facultada para recobrar ante el FOSYGA. Además manifestó que no procedía la orden de tratamiento integral, por cuanto no se pueden proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, es Juez de tutela no está facultado para emitir órdenes futuras que no tienen ningún fundamento fáctico.

## II- **CONSIDERACIONES.**

**Competencia.**

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

***Problema Jurídico***

*¿Con el fin de proteger el derecho a la salud y a la vida, al Juez de tutela le está dado ordenar un tratamiento integral?*

*¿Es procedente ordenar el recobro con ocasión de la orden impuesta a la EPS?*

**Desarrollo de la problemática planteada:**

La Acción de Tutela fue creada por el constituyente de 1991, con el objetivo primordial de darle una protección efectiva a los Derechos de Primera Generación, es decir, de garantizar el cumplimiento y la salvaguarda de aquellos derechos fundamentales (artículos del 11 al 41 de la Constitución Política o de aquellos que por el desarrollo jurisprudencial han adquirido este estatus) que hacen parte de la esencia del ser humano; generando en cabeza del juez constitucional la obligación de analizar la necesidad y proporcionalidad, para obtener la protección del Derecho fundamental evaluado y de esta manera buscar siempre el fin más idóneo, altamente proporcional y que menos perjuicios genere para obtener su real protección.

**Del principio de integralidad.**

Ahora bien, se tiene que la instancia precedente decidió otorgar un tratamiento integral al accionante, lo cual hizo con el objetivo de que frente a las patologías sufridas por aquél y las que eventualmente se le diagnostiquen con ocasión a la valoración científica ordenada, no se vea en la obligación de acudir nuevamente a otra acción de

este tipo. En relación a la procedencia de ordenar un tratamiento integral ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente[1]:

*"En desarrollo del **principio de integralidad** esta Corporación ha determinado que es deber del juez de tutela ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios médicos que sean necesarios para llevar a cabo con el tratamiento recomendado al accionante[2]. Específicamente ha señalado esta Corte que:*

*"(L)a atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley."[3]*

*Lo anterior, con el fin de que las personas afectadas por la falta del servicio en salud, obtengan continuidad en la prestación del servicio asimismo, evitarles el trámite a los accionantes de tener que interponer nuevas acciones de tutela por cada servicio que les fue prescrito con ocasión a una misma patología y estos les son negados[4].[5]*

**De la facultad de recobro que pueden ejercer las E.P.S. del régimen contributivo.**

En innumerables providencias la Corte Constitucional ha hablado sobre la facultad que le asiste a las E.P.S. del régimen contributivo de solicitar el pago ante el

[1] Sentencia T-970 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
[2] Situaciones como la descrita fueron objeto de estudio por la Corte Constitucional en las sentencias: T-136 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-319 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-133 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-122 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-079 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-179 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).
[3] *Cfr*. Corte Constitucional, T-136 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso el juez de primera instancia tuteló, los derechos a la salud y a la seguridad social invocados por el accionante y dio la orden de garantizar el tratamiento integral requerido. Sin embargo, el juez de segunda instancia confirmó la tutela de los derechos, pero revocó la orden de garantizar el tratamiento integral, por considerarlo un hecho incierto y futuro que no podía ser protegido por vía de tutela. El caso fue seleccionado por la Corte Constitucional, con el fin de precisar en su sentencia que de acuerdo a las reglas jurisprudenciales desarrolladas en fallos anteriores, es deber del juez de tutela garantizar la *integralidad* en materia de salud, específicamente, tratándose de la prestación del servicio. Por tal motivo revocó parcialmente la orden del juez de segunda instancia, ordenando que se garantizara el acceso del resto de servicios médicos que debían entenderse incluidos en el tratamiento médico, ordenado por el médico tratante. En este caso la Corte reiteró la posición sobre el principio de *integralidad* en materia de salud que había asumido en las sentencias T-133 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T-079 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).
[4] Criterio reiterado en la sentencia T-830 de 2006, MP, Jaime Córdoba Triviño.
[5] Sentencia T- 202 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Fondo de Solidaridad y Garantía, de los gastos en que hubieren incurrido al brindarle a sus afiliados todos los medicamentos o tratamientos que requieran y que no estén incluidos dentro del POS. (T-355 de 2012).

> *"Aunado a lo anterior y teniendo claridad sobre la obligación subsidiaria del Estado, para asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, esta Corte ha considerado que el reembolso de las sumas causadas en razón a la financiación de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado".* (T-438 de 2009).

Por su parte la Resolución 3099 de 2009 fue derogada por la 5395 del 24 de diciembre de 2013, y en el título III de la misma, se indican los requisitos para la presentación, radicación, verificación y control de las solicitudes de recobro, sin que en ninguno de sus apartes se señale la necesidad de que en el fallo de tutela se faculte a la EPS para su cobro, siendo la norma coherente con el espíritu de la sentencia T-760 de 2008, que frente al recobro en cumplimiento de fallos de tutela, señaló:

> *"En el mismo sentido, la exigencia de que el fallo de tutela otorgue explícitamente la posibilidad de recobro ante el Fosyga también debe ser interpretada conforme a la Constitución, en cuanto es el pago de un servicio médico no incluido en el plan de beneficios, lo que da lugar al surgimiento del derecho al reembolso de la suma causada por la prestación del servicio, y no la autorización de un juez o del CTC".*

De ahí, que entre las órdenes dadas, respecto del recobro señaló:

> *"Vigésimo quinto.- Ordenar al administrador fiduciario del Fosyga que, a partir de la notificación de la presente sentencia, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (i) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte*

*Constitucional; (ii) no se podrá establecer como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutiva del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o la correspondiente entidad territorial. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC. Y (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa 'Principio activo en POS' cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el aparatado (6.2.1.) de esta providencia."*

Se tiene entonces que el recobro es una facultad legal que tienen las empresas promotoras de salud, bien sea del régimen contributivo o subsidiado, sin que sea necesario que en la parte resolutiva del fallo de tutela se autorice al mismo, puesto que solo basta con que en él, se ordene el suministro de servicios o medicamentos excluidos del POS, para que una vez proveídos, la EPS o EPS-S acuda a su recobro.

**Del caso en concreto.**

En el presente asunto se tiene que el señor Antonio María Valencia Hernández padece actualmente una demencia tipo alzheimer en estado avanzado, pues tiene 94 años de edad, razón por la cual, se peticionó el suministro de pañales desechables, el servicio de una enfermera las 24 horas y el servicio de ambulancia para los traslados del agenciado, a pesar de no existir una orden médica, la Jueza de primer grado, ordenó la entrega de los mencionados pañales y ordenó a la EPS accionada, que procediera a efectuar una valoración científica al paciente, con el propósito de que se determinara por parte del galeno tratante, la necesidad de tales servicios.

Ahora bien, lo que se discute en esta instancia, es el tratamiento integral ordenado con ocasión a todo aquello que la accionante pudiere llegar a necesitar en virtud a su enfermedad y la omisión de ordenarse el recobro de los servicios no incluidos en el POS, y que deba asumir la Nueva EPS.

Respecto a la primera inconformidad, se dirá que el derecho fundamental a la salud se ve garantizado cuando a la persona se le ponen a su disposición todos los medios que requiere para el total restablecimiento de su salud, por tanto, como en este momento es imposible tanto para el Juez de Tutela como para el médico tratante determinar qué procedimientos, tratamientos o medicamentos pudiere llegar a requerir el señor Antonio María Valencia Hernández, con ocasión, tanto a su enfermedad, como a un nuevo diagnóstico, que eventualmente pudiera darse, con ocasión a la valoración ordenada por la *a-quo*, se encuentra viable la orden de brindarle un tratamiento integral, pues con ello lo que se pretende es garantizarle una vida en condiciones dignas.

Igualmente vale la pena mencionar que con esta clase de órdenes no se están tutelando derechos fundamentales aún no vulnerados, sino que lo que se hace es evitar un nuevo retraso en la prestación del servicio, o incluso una negación, y de esta manera prevenir la causación de un perjuicio irremediable.

De modo que, dicha orden será confirmada.

Ahora bien, en cuento al segundo punto de inconformidad, esto es, la falta de autorización expresa que debió impartirse en la sentencia de primera instancia, a efectos de que la Nueva EPS pueda efectuar el recobro ante el FOSYGA por los servicios que no se encuentren incluidos en el POS, basta indicar, que conforme a los lineamientos trazados por la Corte Constitucional antes referidos, dicha facultad tiene un carácter legal, razón por la cual, no resulta necesaria la mediación del Juez Constitucional para obtener el pago de tales servicios, toda vez que el procedimiento para dicho efecto, fue determinado por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, a través de la Resolución No. 5395 de 2013.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primer grado, sin necesidad de efectuar ninguna manifestación adicional en tal sentido.

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 30 de enero de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela promovida por* ***Ana Lida Valencia de Laverde,*** *como agente oficiosa de su padre* ***Antonio María Valencia de Laverde,*** *en contra de la* ***Nueva EPS.***

***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.***

*Los Magistrados,*

***FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

***ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN*** ***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

***Edna Patricia Duque Isaza***

*Secretaria*