***TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO***

******

***PEREIRA RISARALDA***

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

*Radicación Nro.**: 66170-31-05-001-2015-00285-01*

*Proceso : Acción de Tutela*

*Accionante : Isabel Cristina Ruiz Uribe*

*Accionado : Fiduprevisora y Cosmitet Ltda*

*Juzgado de Origen : Laboral del Circuito de Dosquebradas*

*Providencia : Segunda Instancia*

***Tema***  *:*

PROCEDIMIENTO MÉDICO SIN REGISTRO INVIMA/ Servicio a cargo de la entidad de salud, siempre y cuando el médico tratante determina su necesidad a pesar de las alternativas incluidas en el plan de beneficios de salud

“(…) Cosmitet negó el servicio de salud con un fundamento válido y atendible, en la medida que el Invima aún no ha avalado su uso, pero tal evento no puede repercutir de manera negativa en el derecho al diagnóstico que le asiste a la accionante, pues como lo planteó el a-quo, debe agotarse la consulta previa con el galeno tratante de las alternativas que se anuncian en el documento de negativa (…) y, de encontrarse que el profesional de la salud mantiene su inclinación por el aludido procedimiento, deberá la entidad garantizar su prestación a la accionante, inaplicando su listado de exclusiones para este puntual evento, por ser un obstáculo para el adecuado ejercicio del derecho fundamental a la salud, en su dimensión de derecho al diagnóstico.”

Cita: Corte Constitucional sentencia C-258 de 2013.

Pereira, diecisiete de febrero de dos mil dieciséis.

Acta número \_\_\_\_ 17 de febrero 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 24 de noviembre del año 2015, dentro de la acción de tutela promovida por ***Isabel Cristina Ruiz Uribe*** en contra de la ***Fiduprevisora y Cosmitet Ltda.,*** por la presunta 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.***

Relata la actora que se desempeña como docente oficial en el Municipio de Dosquebradas, que de tiempo atrás presentó sangrado por una de sus fosas nasales, por lo que el médico le recetó spray y algunos medicamentos, sin mostrar una respuesta positiva, razón por la cual se le remitió al otorrino quien a su vez la remitió al alergólogo, siendo atendida por éste el 05 de junio de 2015 en la ciudad de Manizales. El referido especialista, ordenó una serie de exámenes paraclínicos y adicionalmente la prueba Intradérmica de alergias con escarificación o puntura (Aero alérgenos, alimentos, venenos de insectos y/o medicamentos), sin embargo tal prueba no fue autorizada por la entidad de salud, por estar excluida del planta de atención del régimen de los docentes.

Por tales motivos, aduce que se está vulnerando su derecho a la salud y pide que se ordene la práctica del referido procedimiento médico.

***2. Actuación procesal.***

Admitida la tutela, se dio traslado a los entes accionados, los cuales guardaron silencio.

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

El a-quo dictó sentencia tutelando el derecho a la salud de la actora y ordenando que se consulte al galeno tratante de la accionante sobre las alternativas médicas mencionadas por la entidad y si éste mantiene su criterio, se practique el procedimiento médico dispuesto por éste. Igualmente ordenó a la Fiduprevisora S.A. que supervise el cumplimiento de la orden dada a Cosmitet.

Para así decidir, encontró que el aludido procedimiento no está en la lista de los servicios excluidos a las personas del régimen de salud docente, además, forman parte del POS contenido en la Resolución No. 5521 del 2013. Sin embargo, estima prudente atender parcialmente las razones expuestas por Cosmitet en la negativa del servicio, al brindar otras alternativas, razón por la cual da la orden en ese sentido.

***4. Impugnación.***

La anterior decisión, fue objeto de impugnación por parte de Cosmitet Ltda., indicando como razones para ello: (i) Esa entidad solo puede prescribir y aplicar medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salid que están avalados por el INVIMA, (ii) que la decisión de tutela no protege el equilibrio económico de la entidad, pues la accionante debe participar en los gastos de salud, (iii) que el procedimiento médico está por fuera del plan de beneficios que le corresponde a la demandante, razón por la cual debe esta cubrirlo directamente, (iv) que el juez constitucional no es el competente para controvertir la idoneidad de los tratamientos médicos, (v) no se llamó al tercero responsable de entregar la exclusión, que para este caso es la Fiduprevisora y (vi) se desconoció el principio de solidaridad familiar.

*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***

*¿Le corresponde a Cosmitet Ltda., prestar el servicio ordenado por el galeno tratante a la señora Ruiz Uribe?*

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

***El derecho fundamental a la salud.***

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. Así mismo, el derecho fundamental a la salud, implica el derecho a un diagnóstico (T-361-14 entre otras), lo que conlleva la obligación de las entidades que prestan el servicio de salud, tanto EPS como IPS, es garantizar a sus usuarios un diagnóstico, para lo cual deben poner al servicio del usuario toda su red, tendiente a que se le presten los servicios de laboratorio, especialistas, procedimientos, entre otros, tendientes todos a que el galeno tratante puede establecer con la mayor certeza posible, cual es la enfermedad que aqueja al paciente y fijar, conforme a ese diagnóstico cual es el tratamiento indicado, de conformidad con la *lex artis*.

Para llegar a ese diagnóstico, como ya se dijo, las entidades encargadas de prestar el servicio de salud deben desplegar toda su actividad, dentro de los planes de servicios que existan e incluso, cuando existan ciertas circunstancias especiales, acudir a tratamientos por fuera de ese plan.

Los docentes, como régimen especial en materia de salud, cuentan con un régimen de servicios contenido en el Acuerdo 04 de 2004 y en la guía de atención al usuario 2012 -2016. Se establecen en dichos documentos unas exclusiones (<http://www.fomag.gov.co/documents/Exclusiones%20Salud.pdf>), estimando que todo lo que no esté explícitamente excluido, se considera incluido. La Corte Constitucional ha decantado por asimilar el plan de servicios de los docentes con el Plan Obligatorio de Salud (Sentencia T-644 de 2010), por lo que es indispensable, primero que todo, entrar a verificar qué servicios de salud se encuentran expresamente fuera del servicio, cotejando ello con el POS.

En este caso, lo que se ordena por el especialista alergólogo es una prueba denominada Intradérmica de alérgicas con escarificación o puntura (aeroalérgenos, alimentos, venenos de insectos y/o medicamentos), la cual no se encuentra, según el Coordinador médico de Cosmitet Ltda., entre los servicios que presta la entidad, por cuanto la “vacuna inmunoterapia no están avaladas por el Invima”.

Atendiendo este criterio, la negativa de la entidad es válida, en la medida en que el procedimiento no cuenta con el registro Invima (tal como se constató en la página de la entidad), lo que implica que, en principio, la entidad no estaría en la obligación de prestar el servicio de salud requerido.

Ante esta situación, encuentra esta Sala en sede de tutela, que Cosmitet negó el servicio de salud con un fundamento válido y atendible, en la medida que el Invima aún no ha avalado su uso, pero tal evento no puede repercutir de manera negativa en el derecho al diagnóstico que le asiste a la accionante, pues como lo planteó el a-quo, debe agotarse la consulta previa con el galeno tratante de las alternativas que se anuncian en el documento de negativa (fl. 4) y, de encontrarse que el profesional de la salud mantiene su inclinación por el aludido procedimiento, deberá la entidad garantizar su prestación a la accionante, inaplicando su listado de exclusiones para este puntual evento, por ser un obstáculo para el adecuado ejercicio del derecho fundamental a la salud, en su dimensión de derecho al diagnóstico.

En cuanto al equilibrio económico de la entidad, que se expresa como una exculpativa para negar el servicio, no puede ser tenido por tal, porque como lo ha mencionado la Corte Constitucional “*el principio de sostenibilidad fiscal no puede ser invocado para menoscabar los derechos fundamentales, ni restringir su alcance o negar su protección efectiva” (sentencia C-258-13)*, por lo que mal se puede acudir a aspectos de naturaleza económica para no prestar un servicio tan esencial como el de la salud.

En cuanto a la vinculación del tercero –la Fiduprevisora- la misma se hizo desde el momento de la admisión y por eso se le dio la orden de supervisión, aunque tal orden debe complementarse, en el sentido de que esta entidad deberá pagar los gastos adicionales en que incurra Cosmitet en la prestación del servicio de salud.

Así las cosas, se complementará la decisión en los términos indicados, manteniéndose en todo lo demás.

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 24 de noviembre de 2015 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, dentro de la acción de tutela promovida por***Isabel Cristina Ruiz Uribe*** en contra de ***Cosmitet Ltda y la Fidprevisora,***adicionándola en el sentido de que la primera puede repetir frente a la segunda por los costos en que incurra, si es que debe realizar el procedimiento médico prueba Intradérmica de alérgicas con escarificación o puntura (Aero alérgenos, alimentos, venenos de insectos y/o medicamentos).

***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

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrado Magistrada

**Leonardo Cortes Pérez**

Secretario