El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia**: Sentencia – 2ª instancia – 28 de marzo de 2017

**Proceso:** Acción de Tutela – Confirma el amparo concedido

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-005-2017-00068-01

**Accionante:** Dora Eloisa Vargas Jaramillo

**Agente oficioso:** Gloria Elcy Castro Vargas

**Accionado:** Nueva EPS

**Tema a Tratar: EL DEBER DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD DE PROPORCIONAR EL SERVICIO MÉDICO Y EL TRATAMIENTO INTEGRAL**

La jurisprudencia constitucional[[1]](#footnote-1) se ha referido a la salud como un derecho por un lado y, por el otro, como un servicio público, respecto del primero ha dicho que este debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, como servicio público, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política.

De conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, estableció que el derecho a la salud incluye unos elementos esenciales como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional, los que convergen con el fin de que se garantice la atención integral en salud con alta calidad y con el personal idóneo y calificado, entre otras, y de esta forma se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

Asimismo reglamentó en el artículo 8 el tratamiento integral que garantiza el acceso efectivo al servicio de salud que incluye: *“todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”[[2]](#footnote-2).*

Pereira, Risaralda, veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Acta número \_\_\_\_ de 28-03-2017

Decide la Sala en segunda instancia, la acción de tutela instaurada por la señora Dora Eloisa Vargas Jaramillo identificada con cédula de ciudadanía No.20.339.422 de Bogotá, quien actúa a través de agente oficioso, en contra de Nueva EPS.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quien promueve el amparo, pretende la protección de los derechos a la salud, y vida digna, para lo cual solicita se ordene a la Nueva EPS que se autorice su remisión a una Institución de Nivel Superior que cuente con “banco hueso” y los viáticos consistentes en traslados, alimentación y hospedaje para ella y un acompañante. Asimismo el tratamiento integral.

Narra la agente oficioso, que (i) su madre tiene 73 años de edad y hace 9 años le realizaron un reemplazo total de cadera; (ii) desde el 27-01-2017 está hospitalizada por tener fuertes dolores de cadera, el médico tratante manifestó que lo probable es que el implante se haya aflojado, por lo que necesita que sea remitida a una institución de nivel superior que cuente con “banco hueso”; y (iii) hasta le fecha no ha sido emitida la autorización.

**2. Pronunciamiento de Nueva EPS**

Señala que los gastos de desplazamiento generados en las remisiones es de responsabilidad del paciente, por cuanto el servicios de traslado cubrirá el medio geográfico donde se encuentre el paciente, de conformidad con la Resolución 5292 de 2015 y que en virtud del principio de solidaridad, el afiliado y sus familiares cercanos son los primeros en ser llamados a asumir este tipo de gastos, máxime cuando se reclama un servicio no POS, pues ellos deben acreditar sus reales posibilidades financieras para asumirlos.

Solicita de manera subsidiaria que en caso de conceder la tutela, se la faculte para que repita contra el Ministerio de Protección Social con cargo a la subcuenta correspondiente del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA por la totalidad de los valores que deba asumir.

**3. Sentencia impugnada**

La Jueza de instancia decide tutelar los derechos a la salud y vida digna y ordenó a Nueva EPS autorice haga efectivo el traslado y/o remisión de la actora a una institución médica de nivel superior que cuente con banco óseo, tal cual como lo recomendó el médico tratante y hasta que así lo disponga, teniendo en cuenta que la accionada nada mencionó de la orden de remisión en la contestación a pesar que se la requirió.

Asimismo ordenó el reconocimiento de viáticos-traslado, alimentación y hospedaje- que requiera la actora y un acompañante, en el evento que la institución médica a la que se remita la accionante, se encuentre en ciudad diferente a la de su residencia; y negó el tratamiento integral, por cuanto la Nueva EPS SA no presentó pruebas que permitan concluir que la accionante o su grupo familiar cuenta con recursos económicos para sufragar gastos médicos y de servicios.

**4. Impugnación**

La accionada Nueva EPS impugna el fallo al considerar que se omitió ordenar la facultad de realizar el correspondiente cobro ante el FOSYGA, en virtud de que el servicio de salud que se ordena está excluido del POS.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, quien profirió la decisión.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto por la agente oficioso, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

(i) ¿La accionada vulneró los derechos a la salud y vida digna, al no autorizar la remisión de la actora a una institución médica de nivel superior que cuente con banco óseo?.

(ii) ¿Es procedente ordenar el tratamiento integral?

(ii) ¿Hay lugar a ordenar el recobro cuando se trata de servicios no POS?

Previo a abordar los interrogantes planteados le compete a la Sala verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad[[3]](#footnote-3).

**3.1. Legitimación**

Está legitimado por activa la señora Gloria Elcy Castro Vargas quien actúa como agente oficioso de la señora Vargas Jaramillo, la que se encuentra hospitalizada desde el 27-01-2017 y es la titular del derecho a la salud y vida digna.

Así mismo, lo está por pasiva Nueva EPS, al ser la entidad de salud donde se encuentra afiliada la señora Vargas Jaramillo, derecho cuya protección se reclama.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que es fundamental la salud y vida digna.

**3.3. Inmediatez y subsidiariedad**

También se cumple con estos requisitos si en cuenta se tiene que la Corte Constitucional ha dicho que cuando se trata de proteger el derecho a la salud, el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente de la acción de tutela, por ello, quien resulte afectado por la vulneración a este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizar el mismo. En el presente asunto la parte accionante busca de la protección a su derecho fundamental a la salud, de ahí que pueda acudir directamente a la acción de amparo constitucional, asimismo la remisión a una institución de nivel superior que cuente con banco óseo es del 27-01-2017 y la tutela se presentó el 10-02-2017, transcurriendo más de quince (15) días, que se consideran razonables para incoar el amparo.

**4. Fundamentos jurídicos de la decisión**

**4.1. El deber de la entidad prestadora de salud de proporcionar el servicio médico y el tratamiento integral**

La jurisprudencia constitucional[[4]](#footnote-4) se ha referido a la salud como un derecho por un lado y, por el otro, como un servicio público, respecto del primero ha dicho que este debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, como servicio público, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política.

De conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, estableció que incluye unos elementos esenciales como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional, los que convergen con el fin de que se garantice la atención integral en salud con alta calidad y con el personal idóneo y calificado, entre otras, y de esta forma se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

Asimismo reglamentó en el artículo 8 el tratamiento integral que garantiza el acceso efectivo al servicio de salud que incluye: *“todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”[[5]](#footnote-5).*

**4.2 Fundamento fáctico**

Se tiene acreditado y no fue objeto de discusión que (i) la señora Vargas Jaramillo es sujeto especial de protección en razón a su edad -73 años- (fl.16); (ii) es beneficiaria de su hija Gloria Elcy Castro Vargas; (iii) tiene prótesis de cadera y está hospitalizada en la Clínica Los Rosales desde el 27-01-2017 (fls. 2 a 15); (iv) requiere de una revisión de su prótesis al tener un aflojamiento, la que debe ser realizada, según su médico tratante, en institución que cuente con “banco de hueso” (fl.4), remisión que se encuentra fuera del POS según la Resolución 5592 de 2015 que actualizó integralmente el Plan de Beneficios en Salud; (v) la accionada Nueva EPS SA no se pronunció sobre la remisión y hasta la fecha no se ha realizado.

Como corolario de lo anterior se tiene que la autorización y la remisión a una institución de nivel superior que cuente con banco óseo debe ser inmediata con el fin de que la actora sobrelleve su vida en condiciones de dignidad y en tanto que no se observa que exista un soporte económico suficiente en la familia para predicar que se encuentre en posibilidades reales de proporcionar el traslado de la accionante a la institución médica, la EPS debe asumir dicho servicio, más aun si este se llegare a efectuar fuera de la ciudad, donde necesita de alguien que la acompañe, razones suficientes para que se asuma el traslado, alimentación y hospedaje de esta última.

Así las cosas, para la Sala resultó acertada la decisión de la Jueza de primera instancia, razón por la que se confirmará.

Ahora con respecto al tratamiento integral, el que no fue dispuesto por la Jueza de primer nivel, también se confirmará porque no se avizora que la señora Vargas Jaramillo este pendiente de algún otro insumo, tratamiento, medicamento, procedimiento, terapia en aras de su recuperación e integración social, a pesar de la existencia de un diagnóstico médico.

De esta manera lo ha dicho la Corte Constitucional[[6]](#footnote-6) *“…el concepto de integralidad no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada; debe existir un diagnóstico médico que haga determinable, en términos de cantidad y periodicidad, los servicios médicos y el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud del paciente y su integridad personal, salvo situaciones excepcionalísimas”.*

Por último, en lo que tiene que ver con la solicitud de recobro al FOSYGA por Nueva EPS, se debe tener en cuenta que si bien el Juez de primer grado ordenó una remisión que está fuera del POS, incluidos unos servicios de transporte, alimentación y hospedaje para la actora y una acompañante, siempre y cuando la institución médica se encuentre en ciudad diferente a la de su residencia, como lo hace ver la apoderada de la accionada, el recobro es una facultad que tienen las EPS independientemente si se está frente a un régimen subsidiado o contributivo[[7]](#footnote-7), que no las exime de prestar el servicio excluido del POS con cargo a sus recursos, en la medida en que se trata de un sujeto especial de protección y la remisión requerida es urgente, sin dejar a un lado, que en el evento en el que se presten servicios y tecnologías sin cobertura en el POS, que hayan superado el procedimiento de verificación y control, conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Resolución No.1479 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, serán pagados directamente por las entidades territoriales a los proveedores o prestadores de servicios de salud, conforme al procedimiento establecido en la Resolución 1261 de 2015, de la Secretaría de Salud Departamental, acto administrativo donde se estableció el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS suministrados a los afiliados a cargo del departamento de Risaralda a los Prestadores de Servicios de Salud Públicos, Privados o Mixtos.

Por lo anterior, no hay lugar a revocar el numeral 3 de la sentencia de 24-02-2017 en la medida en que le compete de manera exclusiva a la EPS realizar el procedimiento para cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS, de esta forma la impugnación es impróspera.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, se confirmará en su integridad la sentencia de 24-02-2017.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Cuarta de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 24-02-2017 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira dentro de la presente tutela presentada por la señora Dora Eloisa Vargas Jaramillo identificada con cédula de ciudadanía No.20.339.422 de Bogotá, quien actúa a través de agente oficioso, en contra de Nueva EPS.

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Ponente**

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

1. Corte Constitucional. Sentencia T-121 de 26-03-2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 23-02-2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia T-121 de 26-03-2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 23-02-2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-100 de 01-03-2016. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia T-266 de 30-04-2014, M.P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-7)