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 – 15 de mayo de 2017

**Proceso:** Acción de Tutela – Confirma y adiciona amparo

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-004-2017-00115-01

**Accionante:** Javier Ospina Montoya

**Agente oficioso:** Luz Elena Ospina Orozco

**Accionado:** Nueva EPS

**Tema a Tratar: El deber de la entidad prestadora de salud de proporcionar el servicio médico.** 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.

Pereira, Risaralda, quince (15) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Acta número \_\_\_\_ de 15-05-2017

Decide la Sala en segunda instancia, la acción de tutela instaurada por el señor Javier Ospina Montoya identificado con la cédula de ciudadanía No.4.324.654 de Manizales, quien actúa a través de agente oficioso, en contra de la Nueva EPS.

**ANTECEDENTES**

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

Quien promueve el amparo, pretende la protección del derecho a la salud, para lo cual solicita se ordene a la Nueva EPS que autorice (i) el transporte para desplazamiento del actor, ida y regreso, desde su lugar de residencia en Cuba hasta las instalaciones de la unidad renal Dialy-ser y un acompañante; y en caso de ser remitido a otra ciudad, el transporte, alojamiento y manutención tanto para él como para una acompañante; (ii) asimismo la entrega de pañitos húmedos y cremas para evitar irritaciones.

Narra la agente oficioso, que (i) su padre tiene insuficiencia renal crónica desde hace dos años y con terapia de diálisis desde hace un mes, asimismo hipertensión arterial y diabetes mellitus insulino dependiente; (ii) cuenta con 73 años, tiene una pensión de un salario mínimo, vive con ella, quien es ama de casa, junto con su madre y sus dos hijas; (iii) hace tres años, su padre perdió sus dos piernas debido a la diabetes; (iv) y utiliza de manera permanente pañales y cremas para evitar irritaciones; (v) el dinero que recibe de su pensión es para el pago del arriendo y alimentación, por lo tanto, no le alcanza para cubrir los pañitos y las cremas; (vi) solicitó el transporte a la unidad renal, el que no fue autorizado por la EPS, por lo que no podrá asistir a la diálisis, lo que pone en riesgo su estado de salud.

**2. Pronunciamiento de Nueva EPS**

Manifestó en relación al traslado que se cubre el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto médico del tratante y el destino de la remisión; en cuanto a los pañitos agregó que están excluidos del POS según Resolución 5592 de 2015, por ser un artículo cosmético, al igual que la crema antipañalitis y por último adujo que en virtud del principio de solidaridad y la capacidad económica del actor con IBC del salario mínimo, el actor puede asumir el costo del transporte, alojamiento y alimentación.

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, a la vida y dignidad humana y ordenó a la Nueva EPS que gestione el trámite para el costo que demande el traslado del actor, bien en ambulancia u otro transporte particular desde su residencia de Cuba hasta Megacentro Pinares, lugar donde se ubica la sede Dialy-ser, lugar de su tratamiento de diálisis y hasta su lugar de origen; asimismo ordenó el suministro de pañales en la periocidad descrita por su médico tratante y negó la crema antipañalitis, pañitos húmedos y los viáticos para el transporte del actor a otra ciudad.

Lo anterior, al considerar que las barreras económicas y administrativas no pueden ser obstáculos para entorpecer la prestación de los servicios de salud, de conformidad con la Corte Constitucional, máxime cuando el actor, es un sujeto especial de protección, no cuenta con los recursos para trasladarse desde su lugar de residencia hasta el lugar del tratamiento, de lo que emerge que la EPS está obligada a suministrar el servicio de transporte cuando se necesite su traslado para recibir atención domiciliaria, además necesita de un acompañante permanente debido a la amputación de sus piernas.

Respecto del transporte a otra ciudad adujo que no hay prueba de tratamiento médico que así lo prescriba, de los pañitos, crema antipañalitis y pañales ordenó los últimos en virtud de la incontinencia que presenta el actor (fl.24) y así están ordenados por el médico tratante, no ocurrió los mismo con las cremas antipañalitis y los paños húmedos en la medida en que no hay prueba alguna que traiga certeza sobre la prescripción de su médico.

**4. Impugnación**

La accionada Nueva EPS impugna el fallo al considerar que el accionante tiene un ingreso mensual de $738.000 que le permite sufragar su traslado y 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 hoy PBS.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Cuarto 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 el derecho a la salud, al no autorizar el transporte desde el lugar de residencia del actor hasta las instalaciones de la unidad renal Dialy-ser, ambas en Pereira, para el tratamiento de diálisis que requiere?.

(ii) ¿Hay lugar a ordenar el recobro por tratarse de servicios no POS hoy PBS?

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[[2]](#footnote-2).

**3.1. Legitimación**

Está legitimada por activa la señora Luz Elena Ospina Orozco quien actúa como agente oficioso del señor Javier Ospina Montoya, persona de la tercera edad, quien es el titular del derecho a la salud.

Así mismo, lo está por pasiva la Nueva EPS, al ser la entidad de salud donde se encuentra afiliado el actor, derecho cuya protección se reclama.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que es fundamental la salud y seguridad social.

**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 la protección a su derecho fundamental a la salud, de ahí que pueda acudir directamente a la acción de amparo constitucional, asimismo la solicitud de transporte para acceder a servicios ambulatorios es del 16-02-2017 y la tutela se presentó el 07-03-2017, transcurriendo menos de un (1) mes, que se considera razonable 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**

La jurisprudencia constitucional[[3]](#footnote-3) 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.

**4.2 Fundamento fáctico**

Se tiene acreditado que (i) el señor Ospina Montoya al ser persona de la tercera edad (74 años) y en situación de discapacidad es sujeto especial de protección (fls.15 y 24); (ii) tiene insuficiencia renal crónica, diabetes mellitus insulino independiente, secuelas de enfermedad cerebrovascular, incontinencia urinaria y amputación supracondilea bilateral (fls. 24 y 25); (iii) asimismo al ser un paciente crónico domiciliario requiere de control nefrología pre diálisis, insulina y pañales desechables, según su médico tratante (fls. 24 y 26); (iv) el transporte que solicita desde su lugar de residencia hacia las instalaciones de Dialy-Ser, ambos en la ciudad de Pereira, y los pañales, no se encuentran contemplados en el Plan de Beneficios en salud PBS, según el artículo 126 de la Resolución 6408 de 2016.

Igual, que si bien se observa que existe un soporte económico, este no es suficiente para predicar que el actor se encuentra en posibilidades reales de proporcionar el producto que necesita de manera constante, como tampoco de asumir el transporte por cada control con el nefrólogo, dado que su esposa e hija son amas de casa, el dinero que recibe de su pensión ($738.000) es para el pago del arriendo y la alimentación de la familia, por lo tanto, insistir en su negativa, sobrepondría un obstáculo para el acceso efectivo de los servicios de salud que requiere.

Como corolario de lo anterior se tiene que la autorización del transporte es necesario y prioritario para continuar con el tratamiento que se realiza con el nefrólogo por la insuficiencia renal que padece, el que precisa para acudir a él, también de un acompañante, teniendo en cuenta que es dependiente totalmente de un tercero para su desplazamiento (fls.26 a 28).

Asimismo lo es el suministro de los insumos requeridos con el fin de que el actor sobrelleve su vida en condiciones de dignidad, al ser los pañales bienes indispensables para atender la incontinencia urinaria que padece, y se convierten en un producto vinculado a la dignidad y las condiciones mínimas de higiene y salubridad del señor Ospina Montoya, que a la vez influyen en su estado de salud y bienestar junto con el de su núcleo familiar, de la misma forma, los pañales no cuentan con otro producto equivalente en el PBS que cumpla la misma función.

Y ocurre lo mismo con la crema antipañalistis y los pañitos húmedos, pues están vinculados con la dignidad, higiene y salubridad del actor en la medida en que el uso continuo de pañales genera pañalitis, aspecto que sumado con el hecho de que el accionante no puede valerse por sí mismo, dificulta la actividad de aseo, por lo que estos implementos mitigan la incontinencia urinaria que padece, de ahí que sea posible ordenarlos, a pesar de no ser prescritos por el médico tratante, pues según la Corte Constitucional, el insumo puede ser otorgado, sin orden médica, pero con la previa demostración de la incontinencia urinaria, la que quedó debidamente acreditada con la historia clínica visible a folio 24.

Frente a ello la Corte Constitucional ha dicho: *“…los pañales desechables, necesarios para personas en circunstancias patológicas especiales, deben ser ordenados si de ellos depende, no su subsistencia orgánica o necesariamente la recuperación de su condición física, sino la posibilidad de que el individuo pueda sobrellevar con dignidad su enfermedad y ciertas consecuencias que ella le trae. Esta Corporación, así mismo, ha sostenido que la obligación de entregar este producto puede ser excepcionalmente generada, incluso sin orden médica, siempre que resulte clara y evidente su necesidad, atendida la situación específica en que la enfermedad pone al individuo”[[4]](#footnote-4).*

*“Por último, si bien no obra en el expediente prescripción médica y teniendo en cuenta que en sentencias anteriores se han otorgado insumos, sin orden médica previa por estar demostradas la incontinencia urinaria y fecal, debido a los padecimientos del paciente que se acreditan con base en la epicrisis de la Clínica del Caribe S.A. de la cual se pueden deducir las limitaciones físicas y de locomoción. La Sala ordenará que el Establecimiento de Sanidad Militar 1009 Valledupar autorice al paciente el suministro de los pañales desechables que requiera para vivir una vida digna, así mismo, los pañitos húmedos y las cremas antipañalitis”[[5]](#footnote-5).*

En este orden de ideas, para la Sala, si bien resultó acertada la decisión de la Jueza de primera instancia en cuanto al transporte, por lo que hay lugar a confirmarla, se adicionara en lo relacionado con la crema antipañalitis y los pañitos húmedos, y también con el acompañante, toda vez que a pesar de mencionarse en la parte motiva de la sentencia su necesidad, se omitió en la parte resolutiva ordenar que en el mismo transporte, se permita a un acompañante desplazarse con el actor al lugar de su tratamiento.

Por último, en lo que tiene que ver con la solicitud de recobro al FOSYGA por Nueva EPS, si bien la Jueza de primera instancia ordenó un procedimiento que está fuera del PBS, debe advertirse, como se ha reiterado en anteriores oportunidades, que el recobro es una facultad que tienen las EPS independientemente si se está frente a un régimen subsidiado o contributivo[[6]](#footnote-6), que no las exime de prestar el servicio excluido del POS, hoy plan de beneficios en salud, con cargo a sus recursos, en la medida en que se trata de un sujeto especial de protección, necesita acudir a su tratamiento y los insumos son necesarios para llevar una vida digna, sin dejar a un lado, que en el evento en el que se presten servicios y tecnologías sin cobertura en el PBS, 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, hoy PBS, 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 adicionar la sentencia de 21-03-2017 en este sentido, 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, hoy PBS, de esta forma la impugnación es impróspera.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, se confirmará la sentencia de 21-03-2017 y se adicionará los numerales segundo y tercero en relación con el acompañante, la crema antipañalitis, y los pañitos húmedos.

**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: ADICIONAR** los numerales 2 y 3 dela sentencia de 21-03-2017 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira dentro de la presente tutela presentada por el señor Javier Ospina Montoya identificado con la cédula de ciudadanía No.4.324.654 de Manizales, quien actúa a través de agente oficioso, en contra de la Nueva EPS, el que quedará así:

“***SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS S.A.*** *representada por su Gerente Regional, doctora* ***MARÍA LORENA SERNA MONTOYA*** *o quien haga su veces, que dentro del término improrrogable de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, proceda si no lo hubiere hecho, a gestionar el trámite para el costo que demande el traslado del señor* ***JAVIER OSPINA MONTOYA,*** *identificado con la cédula de ciudadanía No.4.324.654, bien en ambulancia u otro transporte particular, desde su residencia, ubicada en la manzana 2, casa 26 del barrio Panorama 1, sector de Cuba Pereira y hacia la carrera 19 No.12-75, Locales 7 a 11 de Megacentro Pinares donde se ubica la sede de “Dialy-Ser”, donde regularmente ha de recibir su tratamiento de diálisis, y hasta su lugar de origen, junto con un acompañante, el que irá en el mismo transporte del actor, que requiere en aras de conservar su salud e integridad física, garantizándole la continuidad en el servicio, evitando asó que tenga que acudir nuevamente a esta vía constitucional.*

***TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS S.A.*** *que suministre al señor JAVIER OSPINA MONTOYA, identificado con cédula de ciudadanía número 4.324.654, los pañales desechables adulto en cantidad y periocidad prescrita por su médico tratante y la crema antipañalitis y pañitos húmedos en la cantidad necesaria para cubrir sus requerimientos diarios.*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

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

**CUARTO: 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**

CONSTANCIA DE 21-04-2017

Se deja en el sentido en que se solicitó al Juzgado de primera instancia el envío de la impugnación de la Nueva EPS habida cuenta que la que reposa en el proceso está incompleta.

Ingrid Vanessa Calderón Araujo

Auxiliar Judicial

1. Corte Constitucional. Sentencia T-121 de 26-03-2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-121 de 26-03-2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia T-096 de 26-02-2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sentencia T-054 de 03-02-2014, M.P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional. Sentencia T-266 de 30-04-2014, M.P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-6)