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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 10 de diciembre de 2021

Radicación Nro.: 66001310500120210039701

Accionante: Nancy Jannette Ochoa Toro

Accionados: Nueva EPS. Idime S.A. y la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul.

Proceso: Acción de Tutela

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

Juzgado de Origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / LIBRE ESCOGENCIA DE LAS IPS POR PARTE DE LOS USUARIOS / REGULACIÓN LEGAL / ATENCIÓN POR MÉDICOS PARTICULARES / CASOS EN QUE OBLIGA A LAS EPS.**

Innecesario resulta discutir y argumentar frente al derecho a la salud, cuando la Alta Magistratura Constitucional se ha encargado de catalogar el mismo como fundamental y por tanto, autónomo y susceptible de protección, sin que sea necesaria conexidad con algún otro beneficio de rango mayor…

Adicionalmente, la Ley 1751 de 2015 consagra la salud como un derecho fundamental. (…)

Respecto a la facultad que tienen los usuarios de escoger libremente la IPS que le brindará los servicios de salud y la EPS de contratar en los mismos términos los prestadores de dicho servicio, la Corte Constitucional, en Sentencia T-499 de 2014, luego de hacer un recuento jurisprudencia de la evolución del tema en esa Corporación concluyó lo siguiente:

“(…), es deber de la Entidad Promotora de Salud ofrecer a sus afiliados instituciones que ofrezcan los tratamientos médicos que estos requieran, de manera efectiva y adecuada. De esta manera, tienen la libertad los usuarios, para escoger dentro de las opciones que le da la EPS, el lugar donde consideren que esta prestación de servicio se realiza de manera integral…”

… entre la expedición de dicha orden y la presentación de la acción, la señora Ochoa Toro, con el fin de no interrumpir el tratamiento, acudió de manera particular al Instituto de Epilepsia y Parkinson del Eje Cafetero S.A., institución que, en la última atención indicó como conducta a seguir: “Bloqueo Epidural C2C3#1; Bloqueo Suboccipital C2 y C3 Derecho #2; Bloqueo Facetario Cervical C5, C6 y C7 Bilateral #6”; control al mes y cambio del sistema de recarga del neuroestimulador…

… en el presente asunto se dan varios de los prepuestos considerados por la jurisprudencia para que sea aceptado el concepto y tratamiento del especialista que, de manera particular, viene atendiendo a la señora Ochoa Toro…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, diez de diciembre de dos mil veintiuno

Acta de Sala de Discusión N° 139 de 10 de diciembre de 2021

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira a decidir la impugnación formulada por la Nueva EPS contra la decisión proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el día 28 de octubre de 2021, dentro de la acción de tutela iniciada en su contra por la señora Nancy Jannette Ochoa Toro, donde también fungen como accionadas el Instituto de Diagnóstico Médico S.A. -Idime S.A.-, la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul y el Instituto de Epilepsia y Parkinson del Eje Cafetero S.A.S.

**HECHOS QUE ORIGINARON LA ACCIÓN:**

Informa la señora Nancy Jannette Ochoa Toro que tiene 58 años edad; que está diagnosticada con “*Epilepsia Focal Refractaria Resistente*” para cuyo tratamiento requiere desplazarse cada tres o cuatro meses hasta el Hospital San Vicente de Paul en la ciudad de Medellín en orden a ser valorada por las especialidades de Neurocirugía Oncóloga y Epileptología Neurológica; que dicho viaje, por recomendaciones médicas, debe hacerlo vía aérea y con un acompañante.

Indica que desde la última remisión en julio del año que avanza no ha logrado cita para valoración en la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul, por varias razones, entre las que se pueden reseñar que no se cuenta con agenda o que la médica a cargo no se encuentra, siendo este el motivo por el cual decidió asumir los costos del tratamiento en el Instituto de Epilepsia y Parkinson del Eje Cafetero S.A.; que en dicha institución, los médicos tratantes le indicaron que debía realizar el cambio del neuro estimulante, dado que por el uso cotidiano (2017) se ha deteriorado la batería del cargador. Así mismo le manifestaron la urgencia de realizarse un procedimiento médico (Bloqueos), cuyo costo no está en capacidad de asumir.

Por lo anterior, requiere que sean programadas las citas médicas autorizadas por la EPS para que los médicos competentes puedan ordenar, recetar y/o prescribir los medicamentos necesarios para controlar su patología; que tal petición fue elevada ante la Nueva EPS, buscando ser remitida a un instituto de especialistas cerca a su lugar de residencia, para evitar los traumatismos del viaje que le causan mucho estrés, lo que a la vez aliviaría a la EPS los costos de su desplazamiento, junto con un acompañante.

Considera que la actuación de la entidad resulta vulneratoria de los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital, por lo que por este medio solicita su protección y como consecuencia pide que se ordene a IDIME autorizar y agendar los tratamientos médicos que requiera, sin dilaciones y de manera inmediata en la ciudad de Pereira.

Subsidiariamente solicita, que se ordene a esa misma entidad, autorizar los tratamientos médicos pertinentes y necesarios en la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul, sin dilaciones y de manera inmediata, asumiendo la accionada los costos de su desplazamiento a la ciudad de Medellín.

**TRAMITE IMPARTIDO**

La acción correspondió por reparto al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, que mediante auto de fecha 14 de octubre de 2021 la admitió, concediendo a las accionadas dos (2) días para que se pronunciaran al respecto.

La Fundación Hospital San Vicente de Paul Rionegro, luego de hacer un recuento de la atención brindada en esa institución a la señora Nancy Jannette Ochoa Toro, indicó que a pesar de que ésta cuenta con un servicio autorizado por su EPS con destino a esa institución, lo cierto es que no está en capacidad de agendar a la paciente, pues no cuentan con citas disponibles, dada la gran cantidad y flujo de usuarios atendidos en el hospital por la especialidad de Epileptología, muchos de los cuales cuentan con autorizaciones expedidas con anterioridad a las de la accionante.

Con todo y lo anterior, señala que es facultad de la EPS redireccionar la autorización a una IPS de su red de cobertura, que cuente con disponibilidad en su agenda.

Finaliza solicitando que se le desvincule del presente trámite, pues es claro que la vulneración de garantías fundamentales deviene de un servicio que debe ser prestado a través de la red contratada por la Entidad Administradora de Planes de Beneficios.

La Nueva EPS a su turno señaló que del mismo escrito de tutela se evidencia que esa entidad no ha vulnerado las garantías fundamentales de la actora, pues en ningún momento le ha negado los servicios que requiere, es más, precisa que los mismos han sido brindados a través de una IPS con altos estándares de calidad y servicio, garantizando el traslado y los viáticos necesarios para su desplazamiento fuera de la ciudad. Además, informa que actora cuenta con un fallo de tutela que ordena el tratamiento integral, por lo tanto, no puede alegar falta de atención.

Precisa que no hay ningún soporte científico o técnico que señale que el servicio deba prestarse en la Fundación Valle de Lili (sic) y que si bien el afiliado es libre de escoger la EPS, de acuerdo con las previsiones de la Ley 100 de 1993, también lo es que esa escogencia se debe extender a las IPS que pertenezcan a la red de la EPS, entidad que tiene la libertad de elegir las IPS con las que se celebraran convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad, debiendo estos a su vez acogerse a la IPS donde sean remitidos.

Por otro lado, señala que la actora pretende que se autorice el tratamiento prescrito por un médico particular, respecto al cual no se encuentra obligada la entidad, por lo cual le corresponde la gestionar la valoración correspondiente a través de la IPS asignada, en orden a que los especialistas de la red de prestadores de servicios sean quienes determinen el tratamiento a seguir.

En lo que atañe a los gastos que implica el traslado de la paciente con un acompañante a la ciudad donde deben prestarle los servicios, señala que es una pretensión que ya fue definida por la jurisdicción constitucional conforme dan cuenta los fallos del 12 de septiembre de 2016 y de 18 de mayo de 2018, proferidos por los Juzgados Tercero Civil y Séptimo Penal del Circuito, respectivamente, por lo que se ha configurado la Cosa Juzgada Constitucional y es evidente que los reclamos constituyen una conducta temeraria.

Idime por su parte, luego de hacer un recuento de su naturaleza jurídica y objeto social, indicó que no existe autorización de servicios dirigida a esa entidad para prestarle servicios a la accionante y que con anterioridad ha sido atendida en esa institución practicándole estudios de laboratorio clínico y de imágenes diagnósticas, así como atención por conducta externa.

Por lo demás, señaló que no era la llamada a responder, pues la autorización de servicios, normalmente recae sobre las Entidades Promotoras de Salud, configurándose así una falta de legitimación por pasiva.

Llegado el día del fallo, la *a quo* amparó el derecho fundamental a la salud de la señora Nancy Jannette Ocho Toro y ordenó a la Nueva EPS autorizar su valoración por los especialistas en Epileptología y Neurología Oncológica en orden a que le sean realizados los procedimientos “*Bloqueo Epidural, Bloqueo Suboccipital C2 y C3 Derecho No 2, Bloqueo Facetario Cervical C5, C6 y C7 Bilateral No 6”* y se autorice el recambio del sistema de recarga del Neuroestimulador, con la IPS con la cual tenga convenio en la ciudad de Pereira, siendo del caso contratar el servicio de no contar con él. Frente a los demás accionados negó la protección reclamada.

A tal determinación llegó luego de advertir que en realidad la entidad respecto a la cual iban dirigidas las pretensiones de la acción es la Nueva EPS, toda vez que es la que tiene la obligación legal de brindar la cobertura de los servicios de salud que requiere la actora a través de la red de prestadoras con las cuales tiene contratado el servicio de salud, por ser la entidad aseguradora.

Precisó también que la tutelante acreditó la necesidad del tratamiento ordenado por el médico tratante en el Instituto de Epilepsia y Parkinson del Eje Cafetero S.A., así como la de ser valorada en una institución de la región, pues situaciones de orden social y otras de índole administrativo, con las que no tiene porqué lidiar, impiden un adecuado control de la patología tratada.

Inconforme con la decisión, la Nueva EPS la impugnó trayendo a colación iguales argumentos a los expuestos al momento de dar respuesta a la acción respecto a la libre escogencia de la EPS y su red de prestadores de servicios y la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales por parte de esa entidad.

Adicionalmente, precisó que no existe demostración del perjuicio irremediable, pues la demandante ha sido atendida por las mejores instituciones y especialistas, por lo que, dar cumplimiento a la orden impartida en el fallo contrariaría su propósito de garantizar el servicio de salud a todos sus afiliados, a través de una red de prestadores de servicios con los estándares óptimos de calidad establecidos por el Gobierno Nacional.

Precisó además que, en cumplimento de las políticas establecidas por el Gobierno Nacional, en atención a la emergencia sanitaria generada por el Covid-19 ha establecido canales, aplicativos y otras tecnologías virtuales para atender a sus usuarios y que estos puedan acceder a todos y cada uno de los servicios requeridos.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

El asunto bajo análisis, plantea a la Sala los siguientes problemas jurídicos:

***¿Vulnera la EPS accionada las garantías fundamentales de la actora al no autorizar los servicios médicos que requiere en una institución cercana a la ciudad en la que reside?***

***¿Están obligadas las EPS prestar los servicios prescritos por un médico que no se encuentra adscrito a su red de prestadores de servicios?***

Con el propósito de dar solución al interrogante planteado en el caso concreto, la Sala considera pertinente hacer, de manera previa, las siguientes precisiones:

1. **PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.**

El artículo 86 de la Constitución Nacional, consagró la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas, cuando resulten amenazados o vulnerados, por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en ciertos casos.

Innecesario resulta discutir y argumentar frente al derecho a la salud, cuando la Alta Magistratura Constitucional se ha encargado de catalogar el mismo como fundamental y por tanto, autónomo y susceptible de protección, sin que sea necesaria conexidad con algún otro beneficio de rango mayor1.

La evolución de dicha garantía fue resumida por la esa Corporación, en recientemente en la T-094-16, así:

*“El derecho a la Salud ha tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de esta Corporación y se ha venido protegiendo vía tutela a través de 3 mecanismos:  Al principio, se amparaba  debido a la conexidad que tiene con los derechos a la vida digna e integridad personal; luego, fue reconocido como derecho fundamental, para el caso de personas que por sus condiciones eran consideradas de especial protección constitucional y, recientemente, se ha considerado un derecho fundamental autónomo”*

Adicionalmente, la Ley 1751 de 2015 consagra la salud como un derecho fundamental.

**2. DE LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS DE LOS USUARIOS Y LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN DE LAS EPS DE LA RED DE PRESTADORES DE SERVICIOS.**

El artículo 178 de la Ley 100 de 1993 establece las funciones de las EPS, relacionando entre ellas, las contenidas en los numerales 3º y 4º, las cuales son del siguiente tenor:

*“3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.*

*4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia”.*

A su vez, el artículo 179 ibídem establece el campo de acción de dichas entidades, señalando que:

*“Para garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el consejo nacional de seguridad social en salud”*

Respecto a la facultad que tienen los usuarios de escoger libremente la IPS que le brindará los servicios de salud y la EPS de contratar en los mismos términos los prestadores de dicho servicio, la Corte Constitucional, en Sentencia T-499 de 2014, luego de hacer un recuento jurisprudencia de la evolución del tema en esa Corporación concluyó lo siguiente:

*“(…), es deber de la Entidad Promotora de Salud ofrecer a sus afiliados instituciones que ofrezcan los tratamientos médicos que estos requieran, de manera efectiva y adecuada. De esta manera, tienen la libertad los usuarios, para escoger dentro de las opciones que le da la EPS, el lugar donde consideren que esta prestación de servicio se realiza de manera integral. Como excepción, pueden los usuarios solicitar la prestación de los servicios médicos en una institución que no tenga convenio, siempre y cuando las IPS no cuenten con la capacidad, o en el evento en que teniéndola, dicha prestación no resulte efectiva y adecuada, teniendo en cuenta la situación del afiliado, lo que resulte en una vulneración de sus derechos”.*

**3. EL CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la señora Nancy Jannette Ochoa Toro, pone en conocimiento de la justicia constitucional la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital, ocasionada por la prestación de los servicios que requiere para el tratamiento de la “*epilepsia focal refractaria resistente*” en una ciudad diferente a la de su domicilio y en una institución que no cuenta con agenda para atenderla.

Ninguna discusión ofrece el hecho de que desde el 7 de julio del año que avanza a la actora le fue autorizado por parte de la Nueva EPS la consulta de control de seguimiento por otras especialidades médicas, servicio ordenado para ser prestado por la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul en la ciudad de Rionegro; no obstante, dicha atención no se ha podido llevar a cabo, toda vez que esta institución no cuenta con agenda disponible.

Tampoco es un tema que se discuta que entre la expedición de dicha orden y la presentación de la acción, la señora Ochoa Toro, con el fin de no interrumpir el tratamiento, acudió de manera particular al Instituto de Epilepsia y Parkinson del Eje Cafetero S.A., institución que, en la última atención indicó como conducta a seguir: “*Bloqueo Epidural C2C3#1; Bloqueo Suboccipital C2 y C3 Derecho #2; Bloqueo Facetario Cervical C5, C6 y C7 Bilateral #6”; control al mes y cambio del sistema de recarga del neuroestimulador*”. Además, señaló que la paciente debía ser manejada en un centro Neurológico con programa de epilepsia farmacoresistente como Neurocentro, dado que la programación de su Neuroestimulador profundo solo puede ser realizada por un neurocirujano funcional con formación en este campo, el cual se encuentra en esta institución. –*hoja 10, numeral 02 del cuaderno de primera instancia*-.

De acuerdo con lo anterior, habría que decir que al tratarse de la prescripción de un médico particular dicha orden no resulta oponible a la Nueva EPS; sin embargo, la Corte Constitucional, ha considerado una excepción en la cual tales entidades están llamadas a atender el concepto del médico particular y así lo señaló en la sentencia T-1061 de 2007:

*“Siendo ello así, no está al alcance del Juez de tutela, al ser superados sus elementos regulares de juicio, sopesar si en realidad la fórmula ordenada por un médico particular es mejor que la que expida el profesional adscrito a la EPS o la ARS.* ***Esta afirmación, sin embargo, no es absoluta, pues podría ocurrir que la urgencia, la especificidad del tratamiento o la demora o renuencia de la EPS o ARS en otorgar la cita médica, o la inefectividad que de ésta se desprenda****, sea lo que obligue a acudir a consulta particular, especialmente frente a padecimientos de niños, ancianos u otras persona que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, o estén afrontando enfermedades ruinosas o catastróficas que, pese a no tener suficientes recursos económicos, con mucho esfuerzo buscan una alternativa para lograr la solución que no encuentran en el sistema general de seguridad social en salud.*

*Una opción, donde se atienda lo antes expresado sin alterar las condiciones de ese sistema general y el respeto a los procedimientos que lo regulan, puede hallarse, en esos especiales eventos, en sugerir a la EPS o ARS de que se trate, evaluación por el médico adscrito a la entidad siguiendo las recomendaciones hechas por el médico particular al cual el peticionario acudió.” (Negrilla para resaltar).*

Como puede observarse, en el presente asunto se dan varios de los prepuestos considerados por la jurisprudencia para que sea aceptado el concepto y tratamiento del especialista que, de manera particular, viene atendiendo a la señora Ochoa Toro, conforme pasa a explicarse.

La actora *i)* desde hace cuatro años se encuentra en tratamiento de la *Epilepsia Focal Refractaria Resistente* que padece, *ii)* el control para tal afección le es realizado a través la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul, ubicada en el municipio de Rionegro (Antioquia), *iii)* a pesar que la Nueva EPS ha autorizado dicho servicio de manera regular, tal actuación no ha sido efectiva, pues desde el mes de julio del presente año la usuaria no ha logrado obtener una cita para la valoración y control con especialista y, por lo manifestado por la referida IPS, ello no será posible, pues no cuenta con disponibilidad en la agenda y *iv)* dada la patología que padece y el control por Neurología Oncológica se encuentra en situación de debilidad manifiesta debido a su condición médica.

Como puede observarse, aun cuando la Nueva EPS dentro del marco de sus competencias haya suscrito un contrato de prestación de servicios con la referida fundación, buscando ofrecer un servicio con altos estándares de calidad, lo cierto es que hoy por hoy, con la imposibilidad para atender a sus usuarios por parte de esta última, la garantía fundamental a la salud, de la actora, se encuentra altamente comprometida, en cuanto no puede acceder de manera oportuna al servicio neurológico que requiere.

Es así entonces que es claro que debe la EPS involucrada realizar convenios con otras instituciones en procura de garantizar una adecuada, oportuna y eficiente prestación del servicio de salud a todos sus afiliados y en especial a la usuaria accionante. Ahora, no sobra indicar que, no deja de causar extrañeza a la Sala que existiendo prestadores de servicios especializados en la patología de la actora, que operan en la región, la accionada prefiera remitir a los pacientes a la ciudad de Rionegro, asumiendo los costos de traslado y viáticos para ellos y los acompañantes.

Todo lo anterior sirve también para precisar que la opción que la jurisprudencia en cita ofrece a las EPS para no alterar las condiciones del sistema general de salud y respetar los procedimientos que lo regulan, tampoco opera en este caso, ya que nada solucionaría sugerirle a la Nueva EPS la valoración de la usuaria por un médico adscrito a la entidad, cuando ello implicaría volver a someterla a las trabas administrativas que ha tenido que soportar en los últimos meses, en el entendido que, aparentemente, la única IPS encargada de brindar ese servicio, es precisamente la entidad que no está en condiciones de asignar cita a la accionante.

De acuerdo con lo expuesto, acertada estuvo la decisión de primer grado, en cuanto amparó el derecho a la salud de la señora Nancy Jannette Ochoa Toro y dispuso que fuera valorada en la ciudad de Pereira, por los especialistas del ramo, con el fin de que se realicen los procedimientos dispuestos por el médico que los prescribió de manera particular.

Consecuente con lo anterior, la decisión de primer grado será confirmada en su integridad.

En virtud de lo anterior, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el día 28 de septiembre de 2021.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes esta decisión por el medio más idóneo.

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

Notifíquese y Cúmplase.

Quienes integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

Magistrada

**GERMÁN DARIO GOÉZ VINASCO**

Magistrado