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 – 06 de diciembre de 2016

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

**Radicación Nro.** 66170-31-05-001-2016-00377-01

**Accionante:** Mélida Valencia Ríos

**Accionado:** Asmet Salud EPS-S y Secretaría de Salud Departamental

**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).*

**Citación jurisprudencial:** CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-121 de 2015 /Sentencia T-081 de 2016 / Sentencia T-275 de 2012 / Sentencia T-096 de 2016 / Sentencia T-100 de 2016 / Sentencia T-266 de 2014.

Pereira, Risaralda, seis (06) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Acta número \_\_\_\_ de 06-12-2016

Decide la Sala en segunda instancia, la acción de tutela instaurada por la señora Mélida Valencia Ríos identificada con cédula de ciudadanía No.24.442.576 de Armenia, quien actúa a través del personero municipal, en contra de Asmet Salud EPS-S y Secretaría de Salud Departamental.

**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 seguridad social, para lo cual solicita se ordene a Asmet Salud EPS-S que de manera inmediata autorice y suministre los pañales marca tena talla L, en cantidad de 270, crema antipañalitis en cantidad de 3 y pañitos húmedos 3 paquetes. Asimismo el tratamiento integral.

Narra el personero, que (i) la señora Alzate de Orozco padece de prolapso genital femenino, no especificado, hipertensión esencial (primaria), y diabetes mellitus, no especificada; (ii) le fueron ordenados por el médico tratante los insumos anteriormente enunciados; y (iii) hasta le fecha no ha sido emitida la autorización y entrega por la EPS de los mismos.

**2. Pronunciamiento de Asmet Salud EPS-S**

Señala que el suministro de pañales, pañitos y cremas se encuentra dentro de las exclusiones específicas de la Resolución 5521 de 2013 POS, por lo tanto, para que sea aprobado debe pasar por el Comité Técnico Científico quien evalúa, aprueba o desaprueba las prescripciones y órdenes médicas que se encuentran fuera del POS y el que a través de la solicitud No. NEG-RIS-45348 negó el insumo por cuanto el no suministro del mismo, no pone de riesgo la vida de la actora.

Solicita que en caso de conceder la tutela, se le reconozca el derecho a repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA por la totalidad de los valores que deba asumir.

**3. Pronunciamiento de la Secretaría de Salud Departamental**

Precisa que la atención integral es un servicio incluido en el plan de beneficios mientras sea ordenado por el médico tratante y que los pañales, pañitos y cremas son insumos que exceden el plan de beneficios a cargo de ambos regímenes, sin embargo, con la entrada en vigencia de la Resolución 1479 de 2015, le corresponde a la EPS-S Asmet Salud establecer si se trata de elementos imprescindibles y de ser así proceder al suministro, conservando el derecho a recuperar lo invertido y lo que legalmente no le corresponde a asumir, procedimiento que se encuentra en la Resolución.

**4. Sentencia impugnada**

El juez de instancia decide tutelar los derechos a la salud y vida digna y ordenó a Asmet Salud EPS-S autorice y suministre 270 pañales desechables marca tena talla L, 3 tarros de crema antipañalitis y paquetes de pañitos húmedos, teniendo en cuenta que padece de Prolapso Genital grado 3, enfermedad que genera en los pacientes incontinencia urinaria y por ende carece de control de esfínteres.

Por otra parte negó el tratamiento integral por cuanto no hay constancia en el expediente que a la señora Valencia de Ríos le hayan prescrito otros servicios médicos y estos hayan sido negados, asimismo que no es posible ordenar de manera deliberada la realización de procedimientos e intervenciones, medicamentos y otros insumos que no hayan sido prescritos por el médico tratante al ser una labor exclusiva de los profesionales de la salud.

Asimismo en relación a la orden a Secretaría de Salud para que efectúe directamente el pago a la IPS que corresponda suministrar el servicio no POS, la negó, al ser un hecho futuro que compete exclusivamente a los proveedores o prestadores de servicios de salud cuando en ejercicio de sus competencias, presten servicios y tecnologías sin cobertura en el POS que hayan superado el procedimiento de verificación y control, conforme al artículo 13 de la Resolución No.1479 de 2015 del Ministerio de Salud, los que serán pagados directamente por las entidades territoriales conforme a la Resolución 1261 de 2015 expedida por la Secretaría de Salud de Risaralda.

De la misma forma, el recobro al FOSYGA al estar la actora afiliada al régimen subsidiado y de estarlo, tampoco se ordena en la medida en que el recobro es una facultad legal que tienen las EPS sin que sea necesario en la parte resolutiva del fallo autorizar el mismo, pues basta que se ordene el suministro de servicios o medicamentos excluidos del POS para que una vez proveídos, la EPS acuda a su recobro.

**5. Impugnación**

La accionada Asmet Salud EPS-S impugna el fallo al considerar que se niega la posibilidad de poder realizar el respectivo recobro por concepto del servicio en salud NO POS que se le autorice y practique a la accionante, siendo este un derecho que le asiste para realizar dicho recobro ante el FOSYGA o el ente territorial.

En las pretensiones solicita que se faculte para el respectivo recobro ante el FOSYGA y/o el ente territorial en lo relacionado con la prestación de los servicios de transporte y hospedaje del usuario que no esté incluido en el plan de beneficios y la prestación del servicio no POS.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

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

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto por el personero, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

(i) ¿Las accionadas vulneraron los derechos a la salud y seguridad social, al no suministrar los pañales marca tena talla L, en cantidad de 270, crema antipañalitis en cantidad de 3 y pañitos húmedos 3 paquetes?.

(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 el señor Willian Esteban Obando Osorio quien actúa como personero (artículo 10 del Decreto 2591 de 1991) y agente oficioso de la señora Valencia Ríos, la que presenta prolapso genital femenino, no especificado, hipertensión esencial (primaria), y diabetes mellitus, no especificada y es la titular del derecho a la salud y seguridad social.

Así mismo, lo está por pasiva Asmet Salud EPS-S y Secretaría de Salud Departamental, pues a ellas se les endilga la presunta conducta violatoria del derecho a la salud cuya protección se reclama.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que es fundamental la salud y la 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 de la protección a su derecho fundamental a la salud, de ahí que pueda acudir directamente a la acción de amparo constitucional, asimismo se le ordenó los insumos requeridos el 15-07-2016 y la tutela se presentó el 20-10-2016, transcurriendo más de tres (3) meses, 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 Valencia de Ríos es sujeto especial de protección en razón a su edad -88 años- (fl.4); (ii) pertenece al régimen subsidiado (fl.4); (iii) sufre de prolapso genital femenino, no especificado, hipertensión esencial (primaria), y diabetes mellitus, no especificada (fls. 5 a 6); (iv) requiere de los pañales marca tena talla L, en cantidad de 270, crema antipañalitis en cantidad de 3 y pañitos húmedos 3 paquetes para sobrellevar lo que padece, pues por el prolapso genital no está en condiciones de controlar los esfínteres (fl.9), insumos que se encuentran fuera del POS según la Resolución 5592 de 2015 que actualizó integralmente el Plan de Beneficios en Salud; (v) la accionada Asmet Salud EPS-S negó el insumo “yodora crema” por cuanto el no suministro del mismo, no pone de riesgo la vida de la actora (fl.22), sin que se pronunciara sobre los pañales y pañitos.

Como corolario de lo anterior se tiene que la autorización y el suministro de los insumos requeridos deben ser inmediatos 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 producto que necesita la accionante de manera constante, teniendo en cuenta que la señora Valencia Ríos se dedica al hogar, su esposo cuenta con 80 años de edad, es también enfermo, no son pensionados, a pesar de tener casa propia, dependen económicamente de un hijo que trabaja en una panadería, según constancia visible a folio 33.

Asimismo se trata de bienes necesarios para atender el prolapso genital que padece la accionante, al estar en una situación de imposibilidad para realizar en condiciones normales sus necesidades fisiológicas, por lo tanto los pañales se convierten en un producto vinculado a la dignidad y las condiciones mínimas de higiene y salubridad de la señora Valencia de Ríos, 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 POS que cumpla la misma función.

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”[[6]](#footnote-6).*

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

Ahora con respecto al tratamiento integral, el que no fue dispuesto por el Juez de primer nivel, también se confirmará porque no se avizora que la señora Valencia de Ríos 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[[7]](#footnote-7) *“…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 solitud de recobro al FOSYGA por Asmet Salud EPS, se debe tener en cuenta que si bien el Juez de primer grado ordenó insumos que estuvieran fueran del POS, no lo hizo respecto de servicios de transporte y hospedaje, como lo hace ver el apoderado de la accionada, de la misma forma el recobro es una facultad que tienen las EPS independientemente si se está frente a un régimen subsidiado o contributivo[[8]](#footnote-8), 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 el insumo requerido 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 del régimen subsidiado 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 4 de la sentencia de 01-11-2016 en la medida en que le compete de manera exclusiva a la EPS-S 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 01-11-2016.

**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 01-11-2016 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas dentro de la presente tutela presentada por la señora Mélida Valencia Ríos identificada con cédula de ciudadanía No.24.442.576 de Armenia, quien actúa a través del personero municipal, en contra de Asmet Salud EPS-S y Secretaría de Salud Departamental.

**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. Corte Constitucional. Sentencia T-096 de 26-02-2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-100 de 01-03-2016. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional. Sentencia T-266 de 30-04-2014, M.P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-8)