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 – 08 de mayo de 2017

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

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-005-2017-00098-01

**Accionante:** Isabela Idarraga Montoya

**Agente oficioso:** Beatriz Elena Montoya Sanmartín

**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, ocho (08) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Acta número \_\_\_\_ de 08-05-2017

Decide la Sala en segunda instancia, la acción de tutela instaurada por la menor Isabela Idarraga Montoya identificada con tarjeta de identidad No.991003-04917 de Pereira, 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 seguridad social, para lo cual solicita se ordene a la Nueva EPS que se practique el panel de secuenciación síndrome “ehler danlos”

Narra la agente oficioso, que (i) su hija tiene síndrome de “ehler danlos”, el que hace referencia a un grupo de enfermedades genéticas hereditarias que afectan al tejido conectivo; (ii) el médico tratante manifestó un panel de secuenciación para establecer la presencia real del síndrome; (iii) el que no fue autorizado por la EPS.

**2. Pronunciamiento de Nueva EPS**

A pesar de señalar que inició las acciones administrativas con el fin de autorizar la programación del examen para realizar el panel de secuenciación síndrome de “ehler danos”, por lo que telefónicamente se contactaría con el usuario para darle las indicaciones sobre lo que requiere de manera prioritaria, adujo que el afiliado cuenta con los ingresos mensuales suficientes para asumir con el costo, pues se realizar aportes sobre un IBC de $4.700.000

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 seguridad social y ordenó a la Nueva EPS autorice y haga efectivo el examen panel masivo de secuenciación para síndrome Ehlers Danlos al considerar la enfermedad padecida por la actora como ruinosa o catastrófica y por ende de alto costo pues se trata de una enfermedad genética, asimismo que el examen no cumple con los criterios de exclusión del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 en la medida en que la EPS no desvió la idoneidad del examen que el mismo médico tratante le dio cuando lo prescribió y que no se le puede cargar el costo al padre de la menor por cotizar superior al salario mínimo, cuando la enfermedad es catastrófica y no se trata de un servicios accesorio a la salud sino de un servicios de salud directo.

**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 hoy PBS.

**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 seguridad social, al no autorizar el panel de secuenciación para síndrome “ehler danlos” que requiere la menor?.

(ii) ¿Hay lugar a ordenar el recobro aun cuando se trata de servicios 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[[3]](#footnote-3).

**3.1. Legitimación**

Está legitimado por activa la señora Beatriz Elena Montoya Sanmartín quien actúa como agente oficioso de la menor Isabela Idarraga Montoya quien es la titular del derecho a la salud y seguridad social.

Así mismo, lo está por pasiva la Nueva EPS, al ser la entidad de salud donde se encuentra afiliada la menor, 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 del panel de secuenciación es del 25-01-2017 y la tutela se presentó el 29-03-2017, transcurriendo más de dos (2) 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 menor Idarraga Montoya es sujeto especial de protección (fl.3); (ii) es beneficiaria de su padre; (iii) tiene síndrome de Ehlers Danlos (fl.26 vto.); (iv) requiere de un panel de secuenciación para síndrome de Ehlers Danlos, según su médico tratante (fls. 8 y 10), examen que se encuentra dentro del Plan de Beneficios en salud, según la Resolución 6408 de 2016 que modificó el Plan de Beneficios en Salud.

Como corolario de lo anterior se tiene que la autorización y la realización del panel debe ser inmediata con el fin de que a la actora se le confirme su diagnóstico, el tratamiento y si se trata de una enfermedad congénita, tal cual como se estableció en su historia clínica visible folios 7 y 12.

De la misma forma, la EPS es quien debe asumir dicho servicio, por cuanto contrario al dicho de la accionada, lo cierto es que este tipo de exámenes que requiere la actora está contemplado en la Resolución 6408 de 2016[[6]](#footnote-6) con código 908412 dentro del ítem “estudio molecular de enfermedades”- listado de procedimientos cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud, por lo que resulta claro y no es de recibo el argumento de la accionada, en negar un procedimiento o una tecnología que ni siquiera está excluida en el plan de beneficios en salud PBS.

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

Por último, en lo que tiene que ver con la solicitud de recobro al FOSYGA por Nueva EPS, se debe tener en cuenta que la Jueza de primer grado no ordenó un procedimiento que está fuera del PBS, como se dijo líneas atrás, sin embargo, de haberlo estado, debe advertir esta Sala, como lo 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[[7]](#footnote-7), 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 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 adicionar la sentencia de 10-023-2017 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, aclarando ante todo que el examen aquí ordenado no está excluido, de esta forma la impugnación es impróspera.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, se confirmará en su integridad la sentencia de 10-03-2017.

**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 10-03-2017 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira dentro de la presente tutela presentada por la menor Isabela Idarraga Montoya identificada con tarjeta de identidad No.991003-04917 de Pereira, 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. <http://www.consultorsalud.com/sites/consultorsalud/files/resolucion_6408_de_2016_-_modifica_el_plan_de_beneficios_2017.pdf> [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia T-266 de 30-04-2014, M.P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-7)