



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE DUITAMA

1

Duitama, veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Referencia : 15238-3333-003-2018-00202-00
Controversia : ACCIÓN DE TUTELA
Demandante : FLOR ALBA MARTINEZ en representación de su hija menor de edad DANIELA STEFANIA VARGAS MARTÍNEZ
Demandado : NUEVA EPS

Decide el Despacho en primera instancia la acción de tutela instaurada por la señora Flor Alba Martínez quien actúa en la presente acción constitucional en representación de su hija menor de edad, Daniela Stefania Vargas Martínez contra la Nueva E.P.S., con el objeto de obtener el amparo de su derecho fundamental a la salud.

I. LA ACCIÓN

1. Objeto de la Acción

En la demanda constitucional de tutela, la señora Flor Alba Martínez en defensa de los derechos de su hija Daniela Stefania Vargas Martínez, presenta acción tutelar en la que solicitó:

*(I) Declarar la vulneración del derecho fundamental a la Salud a mi mejor hija **DANIELA STEFANIA VARGAS MARTÍNEZ**, por parte de **NUEVA E.P.S.** al no brindarle atención oportuna y de calidad de en una institución que haga parte del municipio en donde se presta el servicio de salud teniendo la capacidad de hacerlo o en una ciudad que haga parte del Departamento de Boyacá.*

*(II) Ordenar a **NUEVA E.P.S.** se practique la **RESONANCIA NUCLEAR MAGNETICA DE CEREBRO** a **DANIELA STEFANIA VARGAS MARTINEZ** en **MEDIAGNOSTICA**, o en una entidad que éste ubicada en una ciudad que haga parte del departamento de Boyacá sin anteponer procedimientos administrativos y financieros.*

*(iii) Ordenar a **NUEVA E.P.S.** se le preste a la menor el servicio de salud de forma inmediata con los procedimientos que requiere y los servicios de medicina a los cuales tiene derecho de recibir.*

*(iv) Prevenir a **NUEVA E.P.S.** para que en adelante autorice y asuma todos y cada uno de los exámenes, medicamentos, dispositivos médicos, tratamientos, intervenciones quirúrgicas y en general cualquier prescripción de los médicos tratantes para la recuperación y tratamientos que con el tiempo pueda requerir la menor en mención. (Fl.2)*

2. Fundamentos Fácticos

Como sustento de las peticiones la accionante narró que:

- Su hija Daniela Stefania Vargas Martínez ha venido sintiendo dolencias físicas, motivo por el cual la médica tratante ordenó la práctica de una resonancia nuclear magnética de cerebro.
- El día 20 de abril de 2018, la Nueva EPS emitió orden para la realización del examen en la IPS Mediagnostica ubicada en Duitama. Sin embargo, el día 8 de mayo del mismo año fue modificada la orden de servicios para que el examen denominado resonancia nuclear magnética de cerebro fuera practicado en el Instituto de Diagnostico Medico SA ubicado en la ciudad de Bogotá.
- Afirma la actora que el día 1 de septiembre de 2015 asistió a un tratamiento médico por primera vez en la ciudad de Bogotá, lo cual constituyó una

situación desagradable como quiera que no conocían la ciudad con su esposo.

- Agrega que el papá de la menor Daniela Stefanía Vargas Martínez, trabaja en el servicio de vigilancia, devengando un salario mínimo, que no es suficiente para cubrir costos de traslado de la menor para las prácticas médicas ordenadas.
- La entidad accionada se ha negado a la autorización de los exámenes en la ciudad de residencia de la menor (fl.1)

3. Derechos fundamentales vulnerados.

La accionante señaló que se vulnera por parte de la NUEVA EPS el derecho fundamental a la salud de su hija menor de edad Daniela Stefanía Vargas Martínez, al ordenar la práctica de exámenes médicos en una ciudad distinta a la de residencia.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 15 de mayo de 2018 y entregada a este Despacho Judicial el mismo día a la hora de las 4:35 de la tarde¹.

Mediante auto de fecha 16 de mayo de 2018, atendiendo las reglas de competencia establecidas en los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y las de reparto contenidas en el artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, se resolvió admitir la solicitud de tutela de la referencia ordenando la notificación de la acción presentada y solicitando como pruebas, informes sobre el trámite impartido a la orden médica de la menor Daniel Stefanía Vargas Martínez y las entidades con quien la accionada cuenta con convenio vigente para la realización de la resonancia nuclear magnética de cerebro ordenada.

2.1 CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN

NUEVA EPS

La Gerente de la Zonal Boyacá dio contestación señalando que una vez revisada la base de datos, la menor Daniela Stefanía Vargas Martínez se encuentra afiliada en el régimen contributivo en calidad de beneficiaria en categoría 'A'.

Agrega que todo afiliado a la EPS selecciona la IPS que le resulte más favorable y que es allí a donde debe dirigirse para entre otras cosas lograr el suministro de medicamentos, ya que las EPS's únicamente se encargan de definir los modelos de atención en salud.

Indica que conforme a la Resolución No. 1858 de 2015 emitida por la Secretaría de Salud del Tolima, las EPS están en la obligación de suministrar medicamentos no incluidos en el POS, cuando la respectiva Secretaría de Salud se encuentre en imposibilidad de entregarlos.

Manifiesta que en la decisión de fondo se ordene realizar el recobro del 100% de los medicamentos al FOSYGA hoy ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, así como la

¹ Folio 15: Acta de reparto con secuencia N° 84 de 15 de mayo de 2018.

exoneración de copagos y cuotas moderadoras, ya que es ésta corporación la encargada de dar cubrimiento de los servicios que se encuentran por fuera del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC.

Finaliza su escrito solicitando de forma principal, se deniegue por improcedente la presente acción de tutela, como quiera que no se encuentran presentes las excepciones de cobertura planteadas por la Corte Constitucional. De forma subsidiaria solicita que, en el evento en que el despacho acceda a las pretensiones, se indique con precisión el servicio no POS que debe brindar la Nueva EPS, pero con la salvedad de que o el FOSYGA o la entidad territorial que corresponda, cubra el 100% del costo que se brinden por la accionada. (fls. 27 a 32)

III. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

El caso se contrae a establecer si ¿La Nueva EPS está vulnerando el derecho fundamental a la salud de la menor Daniela Stefanía Vargas Martínez, al autorizar las prácticas médicas para su tratamiento en un municipio distinto al de su domicilio y no suministrar los gastos de transporte y alojamiento necesarios para acceder a los servicios de salud?

Para resolver el problema jurídico citado, el despacho se referirá a (i) la naturaleza de la acción de tutela; (ii) del derecho fundamental a la salud, a la vida y seguridad social; (iii) principio de integralidad en la prestación del servicio de salud; (iv) derecho a la libre escogencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud; (v) la cobertura de transporte y alojamiento en virtud del principio de integralidad en salud y; (vi) caso concreto.

i). Naturaleza de la acción de tutela.

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces en todo momento y lugar mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

(ii). Del derecho fundamental a la salud

La Constitución Política consagra en su Artículo 49 que la salud es un derecho y un servicio público a cargo del Estado, y que le corresponde a éste garantizar a todas las personas su remoción, protección y recuperación.

En la sentencia C-463 de 2008 la Honorable Corte Constitucional señaló, acerca de los principios y el carácter fundamental del derecho a la salud, lo siguiente:

“(...) La naturaleza constitucional del derecho a la seguridad social en salud junto con los principios que la informan han llevado a esta Corte a reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud.”

En este orden de ideas, conforme al artículo 49 de la Constitución Política, el cual establece que *"la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado"*, de manera que *"se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"*, se establece el carácter universal del derecho a la salud y con ello su fundamentalidad, razón por la cual la Honorable Corte Constitucional, desde sus inicios, ha venido protegiendo este derecho por vía de la acción de tutela.

En virtud del entendimiento del derecho a la salud como un derecho constitucional con vocación de universalidad, la Corte en su jurisprudencia, ha resaltado la importancia que adquiere la protección del derecho a la salud en el marco del Estado Social de Derecho, en cuanto afecta directamente la calidad de vida².

Aunque de manera reiterada la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la salud eventualmente puede adquirir el estatus de derecho fundamental autónomo³ y por conexidad⁴, de forma progresiva ha reconocido su carácter de derecho fundamental considerado en sí mismo⁵. Al respecto, en la sentencia T-573 de 2005⁶, indicó:

"Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto en que hoy sería muy factible afirmar que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental - la vida - pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí mismo fundamental. (...)

Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y tácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales. (...)." (Negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, teniendo en cuenta la evolución del derecho a la salud, es necesario anotar que, la Corte Constitucional, mediante la sentencia T - 760 de 2008 evolucionó en lo referente a la caracterización del derecho fundamental como conexo a la vida, teniendo en cuenta que, ahora el mismo deberá entenderse como **fundamental autónomo**, toda vez que, su carácter es vital para el desarrollo de la vida en condiciones dignas.

² En concordancia con la norma constitucional, se puede consultar el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual, " 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad." En el mismo sentido, se encuentra la Observación No 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud. "1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente."

³En el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad física o mental. Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-085 de 2006, T-850 de 2002, T-1081 de 2001, T-822 de 1999, SU-562 de 1999, T-209 de 1999, T-248 de 1998

⁴Cuando su afectación involucra derechos fundamentales tales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-133 de 2007, T-964 de 2006, T-888 de 2006, T- 913 de 2005, T-805 de 2005 y T-372 de 2005

⁵Para el efecto, se pueden consultar las sentencias T-016 de 2007 y T-1041 de 2006.

⁶MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

Sumado a lo anterior, la ley estatutaria 1751 de 2015, ratificó el carácter fundamental autónomo en su artículo segundo, el cual dispone:

Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. *El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

De esta manera, y en aras de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, en varias ocasiones⁷ la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la prestación igualitaria, universal, continua, permanente y sin interrupciones **de los servicios de atención médica y de recuperación de la salud**. Así, pese a su carácter meramente prestacional el mismo debe ser objeto de protección inmediata.

Derecho fundamental a la salud de niños y niñas

La constitución Política de Colombia estableció en el artículo 44 los derechos fundamentales de los niños, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud. Además agregó que los derechos de los niños tienen prevalencia sobre los derechos de los demás:

ARTICULO 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

(...)

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

En ese sentido la Corte Constitucional ha referido que los derechos de los niños gozan de especial protección por lo que cualquier vulneración al derecho a la salud exige a las autoridades una actuación inmediata y prioritaria para salvaguardar su vida:

De todo lo anterior se colige que los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías superiores.⁸

En ese contexto, se debe siempre dar prevalencia al derecho a la salud del menor sobre cualquier tipo de barrera administrativa que impida la atención efectiva y la materialización oportuna y eficiente del mismo, por lo que se deberán adoptar las medidas que se consideren necesarias en aras de salvaguardar los derechos

Sentencias T-837 de 2006, T-672 de 2006, T-335 de 2006, T-922 de 2005, T-842 de 2005, T-573 de 2005, T-568 de 2005, T-128 de 2005, T-442 de 2003, T-I 198 de 2003, T-308 de 2005, entre otras.

⁸ Sentencia T-206 de 2013.

fundamentales de los menores de edad.

(iii) Principio de integralidad en la prestación del servicio de salud

El legislador consagró el principio en el numeral 3° del artículo 153 y el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, por su parte la Corte Constitucional ha señalado que *“existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integralidad de la garantía del derecho a la salud. Una relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que tienen las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras”*.⁹

La otra perspectiva, que interesa particularmente en el presente caso, *“es la que da cuenta de la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de manera efectiva. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un paciente”*¹⁰. Por lo tanto, el derecho fundamental a la salud no solo incluye el reconocimiento de la prestación del servicio *que se requiere*, sino también su **acceso oportuno, eficiente y de calidad**.

En ese orden de ideas, se predica que la prestación del servicio en salud es **oportuna** cuando el paciente recibe la atención en el momento adecuado, a fin de que recupere su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros; el servicio es **eficiente** cuando los trámites administrativos a los que está sujeto son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no son una excusa para dilatar la protección del derecho a la salud.¹¹ Así mismo, el servicio público de salud se refuta de **calidad** cuando las prestaciones en salud requeridas por el afiliado o beneficiario contribuyen, en la medida de las posibilidades, a mejorar la condición del enfermo¹².

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de integralidad impone su prestación **continua**, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. La determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, no corresponde al usuario sino al médico tratante adscrito a la EPS.

Así, la integralidad en la prestación del servicio de salud está encaminada a *“(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”*¹³.

Así cosas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido criterios específicos gracias a los cuales se configura la obligación de prestar de manera integral el servicio de salud, los cuales facultan al juez constitucional para impartir órdenes precisas en la salvaguarda de los derechos de las personas. Así, cumplidos los presupuestos de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, y ante la existencia de un criterio determinador de la condición de salud de una persona, consistente en que se requiere un conjunto de prestaciones en

⁹ Sentencia T 531 de 2009.

¹⁰ Sentencia T 398 de 2008 y T 531 de 2009.

¹¹ Sentencia T-760 de 2008.

¹² Sentencia T 922 de 2009.

¹³ Sentencia T-103 de 2009.

materia de salud en relación con dicha condición¹⁴, es deber del juez Constitucional reconocer la atención integral en salud.

En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.

(iv) Derecho a la libre escogencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud

La ley 100 de 1993¹⁵ consagró en el numeral 3.12 del artículo 153 el derecho a la libre escogencia como un principio del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del cual los usuarios tienen libertad de escoger entre las EPS y los prestadores de salud, siempre y cuando se encuentren éstos últimos dentro de su red:

3.12 Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.

En ese sentido, el numeral 4 del artículo 159 de la referida ley también señaló que se garantiza la escogencia a los afiliados de las instituciones prestadoras de salud y de los profesionales dentro de la red de servicios:

ARTÍCULO 159. GARANTÍAS DE LOS AFILIADOS. *Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:*

(...)

4. La escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios.

Así mismo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.5.2.1.1.6 del Libro 2 de la Parte 5 del título 2 del capítulo 1 del Decreto 780 de 2016¹⁶, las EPS se encuentran obligadas a ofrecer a sus afiliados un número plural de prestadores con el fin de garantizar a sus afiliados la posibilidad de escoger:

Artículo 2.5.2.1.1.6 Régimen general de la libre escogencia. El régimen de la libre escogencia estará regido por las siguientes reglas:

1. La Libre Escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. La Entidad Promotora de Salud garantizará al afiliado la posibilidad de escoger la prestación de los servicios que integran el Plan Obligatorio de Salud entre un número plural de prestadores. Para este efecto, la entidad deberá tener a disposición de los afiliados el correspondiente listado de prestadores de servicios que en su conjunto sea adecuado a los recursos que se espera utilizar, excepto cuando existan limitaciones en la oferta de servicios debidamente acreditadas ante la Superintendencia Nacional de Salud.

Sin embargo, la libertad de escogencia de IPS se circunscribe a las instituciones que ofrece la entidad Prestadora de Salud con las cuáles tiene contrato y será dentro de esta lista de instituciones que el usuario escoja la IPS de su preferencia.

La Corte Constitucional al estudiar un caso en el cual una madre solicitaba que su hijo fuera atendido en el programa de rehabilitación intensiva de la Clínica Universitaria Teletón y no en el de la Clínica de Colsubsidio que ofrecía su EPS,

¹⁴ sentencia T-581-07.

¹⁵ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector salud y protección social.

indicó que las entidades prestadoras de salud tiene la libertad de escoger las IPS con las que suscribirán contratos y los servicios a garantizar aunque los usuarios prefieran otras IPS:

De lo anterior se colige que las EPS están en libertad de escoger las IPS con las que contratarán y el tipo de servicios a prestar, siempre que se garantice a los usuarios un servicio integral y de buena calidad. Por tanto, los afiliados de este régimen deben acogerse a las IPS a las que sean remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones.

(...)

De igual manera, la libre escogencia de IPS por parte de los usuarios se encuentra enmarcada dentro de las opciones que ofrezca la EPS, y por tanto, no se le puede obligar a ésta la prestación de servicios en otras diferentes¹⁷.

Al resolver dicho asunto, la Corte consideró que no era viable enviar al hijo de la accionante a la Clínica Universitaria de Teletón, toda vez que no existía convenio entre la EPS Famisanar y dicha IPS, tampoco se le vulneraba ningún derecho fundamental pues se le iba a garantizar su tratamiento integral en la IPS de Colsubsidio y no existía prueba que ésta IPS ofreciera un mal servicio:

Al respecto, esta Sala de Revisión, considera que le asiste razón a la entidad demandada cuando advierte que no es procedente acceder a la petición de enviar al señor Libardo Rodríguez a la Clínica Universitaria Teletón, pues no existe convenio entre éstas entidades. En efecto, no se le ha violado ningún derecho fundamental al citado paciente pues ha sido remitido para la realización de sus terapias a la IPS primaria de Colsubsidio, entidad con la que FAMISANAR tiene contratada la atención de tales requerimientos, IPS que debe garantizar el tratamiento integral correspondiente.

Tampoco existe prueba en el expediente del mal servicio ofrecido por la IPS primaria de Colsubsidio, y por el contrario, afirma la accionada que el usuario no ha querido asistir en forma voluntaria a la práctica del tratamiento respectivo.

En consecuencia, el señor José Libardo Rodríguez Hernández deberá asistir a la IPS primaria de Colsubsidio para recibir las terapias que le han sido ordenadas, entidad con la que Famisanar tiene convenio para la prestación de este tipo de servicios, y la que debe prestarle el tratamiento integral que requiere para su rehabilitación¹⁸.

(v) la cobertura de transporte y alojamiento en virtud del principio de integralidad en salud

La Corte Constitucional ha manifestado en reiterados pronunciamientos la relación de conexidad que existe entre el acceso al servicio de salud y la ayuda requerida para el desplazamiento al lugar donde ha de prestarse la atención médica¹⁹, agregando que si bien, el transporte y el hospedaje del paciente en principio no constituyen servicios médicos propiamente dichos, si conservan un nexo con la cobertura que deben asegurar las EPS's a sus afiliados²⁰

¹⁷ Sentencia T-965 de 2007.

¹⁸ Sentencia T-965 de 2007.

¹⁹ Sentencia T-760 de 2008.

²⁰ Cfr. Sentencia T-206 de 2013: "El Acuerdo 029 de 2011 proferido por la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, señala en su artículo 42 que el Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud, dentro del territorio nacional, para aquellos usuarios que requieran un servicio no disponible en la institución remitora.

Igualmente, dispone que se garantiza el servicio de transporte para el paciente que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo atendiendo: i. el estado de salud del paciente, ii. el concepto del médico tratante y iii. el lugar de remisión. En consecuencia, aunque el transporte debe ofrecerse en ambulancia, este no es el único modo de garantizarlo, ya que se permite la utilización de los medios disponibles.

“El Acuerdo 029 de 2011 proferido por la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, señala en su artículo 42 que el Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud, dentro del territorio nacional, para aquellos usuarios que requieran un servicio no disponible en la institución remitora.

Igualmente, dispone que se garantiza el servicio de transporte para el paciente que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo atendiendo: i. el estado de salud del paciente, ii. el concepto del médico tratante y iii. el lugar de remisión. En consecuencia, aunque el transporte debe ofrecerse en ambulancia, este no es el único modo de garantizarlo, ya que se permite la utilización de los medios disponibles.

Adicionalmente, el artículo 43 del acuerdo mencionado se ocupa del transporte del paciente ambulatorio y dispone que tal servicio debe ser cubierto con cargo a la prima adicional de las unidades de pago por capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.

De ahí que si un usuario del Sistema de Salud requiere ser remitido a un municipio diferente al de residencia con el fin de acceder a un servicio médico y al lugar de remisión se le reconoce una UPC adicional, el transporte está incluido en el POS y deberá ser cubierto por la EPS a la cual se encuentra afiliado.

En cuanto a los gastos que generan su transporte y alojamiento, sostuvo la misma corporación que, aun cuando en principio se trata de emolumentos que deben ser asumidos por el paciente o su familia, la excepción a ésta regla se presenta cuando los usuarios son remitidos a un municipio diferente al de su domicilio principal y no cuentan con los recursos económicos para ese pago.^{21 22}

Adicionalmente, la Corte ha señalado que la cobertura no solo protege al paciente afiliado a la Entidad Promotora de Salud, sino a la persona que se designe como acompañante en los siguientes términos²³:

*“La jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación,²⁴ ha señalado en varias ocasiones que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, lo cual puede implicar **tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía para poder recibir la atención requerida.***

Adicionalmente, el artículo 43 del acuerdo mencionado se ocupa del transporte del paciente ambulatorio y dispone que tal servicio debe ser cubierto con cargo a la prima adicional de las unidades de pago por capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.

De ahí que si un usuario del Sistema de Salud requiere ser remitido a un municipio diferente al de residencia con el fin de acceder a un servicio médico y al lugar de remisión se le reconoce una UPC adicional, el transporte está incluido en el POS y deberá ser cubierto por la EPS a la cual se encuentra afiliado.”

²¹ En la Sentencia T-838 de 2012, la Corte indicó: “Este conflicto, que contraría la garantía de accesibilidad económica del derecho a la salud, es recurrente y no en pocas ocasiones ha sido resuelto por esta Corte en sede de tutela. Para ello, la corporación ha hecho referencia a múltiples fuentes, como son los elementos derecho internacional público, a propósito del contenido mínimo del derecho fundamental a la salud, y su relación con las disposiciones legales y reglamentarias sobre el derecho al transporte, como medio para acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad.

3.2.1.1. Pues bien, esta corporación integró al desarrollo constitucional del derecho fundamental a la salud, el elemento de accesibilidad y sus cuatro dimensiones. Por tratarse de criterios generales sobre las condiciones mínimas en que los usuarios deben acceder a los servicios que brinda el Sistema de Salud, tales dimensiones son protegidas por vía de tutela.

Específicamente, cuando una persona requiere un servicio de salud en un municipio diferente al de residencia, el cual supone gastos de transporte, para todos los casos, y gasto de estadía, en algunos de ellos, estamos frente a dos elementos esenciales del derecho a la salud: la accesibilidad física y la accesibilidad económica.

3.2.1.2. La Corte ha adoptado la accesibilidad física para significar que no en todos los casos de acceso a los servicios de salud, los usuarios van a poder acceder a ellos en su lugar de afiliación. Por lo tanto, la entidad de salud responsable, deberá remitir al usuario a una zona geográfica distinta en donde haya disponibilidad de especialistas, equipos médicos, medicamentos, etc. Pues bien, el traslado entre zonas geográficas implica costos; estos costos, como se señaló en el primer párrafo de esta apartado, deben ser cubiertos, en principio por el paciente y su familia. Pero se retoma aquella situación en la cual el paciente y su familia no tienen los recursos económicos; y aquí se hace referencia a la garantía de accesibilidad económica: a través de esta dimensión del derecho fundamental a la salud, se garantiza que a los usuarios más pobres que integran el Sistema Público de Salud, no se les impongan cargas económicas desproporcionadas, en comparación con aquellos usuarios que sí pueden sufragar el costo de los servicios médicos que requieren”.

²² Ver al respecto las sentencias T-884 de 2003, T-739 de 2004, T-223 de 2005, T-905 de 2005, T-1228 de 2005, T-1087 de 2007, T-542 de 2009, T-550 de 2009 y T-736 de 2010.

²³ Sentencia T-760 de 2008

²⁴ En la sentencia T-350 de 2003, una de las principales decisiones dentro de esta línea jurisprudencial, se fundó en el artículo 2º de la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio del Sistema de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud), en tanto señala que ‘cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. (...)’.

(...) Pero no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden **los medios de transporte y traslado a un acompañante** cuando este es necesario." (Negrillas fuera de texto original)

Y en fallo posterior indicó dentro del estudio de la Tutela T-149 de 2011:

" (...) queda establecido que es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando **ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto** al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS. Esto dentro de la finalidad constitucional de que se remuevan las barreras y obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios de salud que requieren con necesidad." (Negrilla fuera de texto original)

En ese orden de ideas, se tiene que el servicio de transporte se encuentra incluido del POS y en consecuencia debe ser asumido por la EPS en los siguientes eventos:²⁵

- i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente²⁶.
- ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.
- iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.
- iv. Si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento.

(vi) Caso concreto

En el presente caso, interpone acción de tutela la señora Flor Alba Martínez en nombre y defensa de los derechos de su hija Daniela Stefanía Vargas Martínez, con el objeto de obtener el amparo de su derecho a la salud y en consecuencia se ordene a la Nueva EPS, la autorización para la práctica de la resonancia nuclear magnética de cerebro que necesita la tutelante en una IPS del municipio en el que vive (Duitama), previniendo a la EPS para que evite realizar dilaciones y trámites innecesarios que pongan en riesgo el estado de salud de la menor.

En el plenario se acreditaron las siguientes situaciones:

- Conforme a la historia clínica de la menor Daniela Stefanía Vargas Martínez, visible a folios 6 y siguientes del plenario, expedida por la Clínica Boyacá de Duitama, se observa que la infante presenta un diagnóstico de cefalea, hipertrofia de cornetes nasales y sinusitis frontal aguda y se ordena por la médico pediatra tratante, el procedimiento con código 883101, correspondiente a Resonancia Nuclear Magnética de Cerebro en fecha 20 de abril de 2018.

²⁵ Cfr. Sentencia T-206 de 2013, reiteró la Sentencia T-900/02. En esta decisión, se analizaron algunos casos, donde los usuarios, al ser remitidos a lugares distintos al de su residencia para la práctica de distintos procedimientos médicos, pretendían que las respectivas EPS asumieran el valor de su transporte, solicitud que fue desestimada por la Corte ante la falta de concurrencia de los requisitos de incapacidad económica del paciente y su familia y conexidad entre el tratamiento y la vida e integridad física del mismo. Esta regla jurisprudencial también fue utilizada en casos similares en las sentencias T-1079/01, T-197/03 y T-760/08, entre otras.

²⁶ Sentencia T-769 de 2012.

- El mismo día 20 de abril de 2018, se otorgó por la Nueva EPS, orden médica para la práctica de la resonancia nuclear magnética de cerebro ordenada, en el centro prestador de servicios de salud Mediagnostica de la ciudad de Duitama. (fl.10)

- Con fecha 8 de mayo de 2018, se observa nueva autorización de servicios para la realización de resonancia nuclear magnética de cerebro a favor de la menor Daniel Stefania Vargas Martínez, en el Instituto de Diagnóstico Médico IDIME SA de la ciudad de Bogotá (fl.11)

- Que la accionante Daniela Stefania Vargas Martínez se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo como beneficiaria y la entidad encargada de la prestación de sus servicios es Nueva Eps²⁷.

- Con auto de fecha 16 de mayo de 2018, se admitió la tutela y se ordenó a la entidad pública accionada, entre otras cosas, que informara al Despacho las cuales eran las instituciones prestadoras de servicios ubicadas en Duitama y en el Departamento que con las que tenía convenio para realizar el examen requerido por la menor. A este requerimiento puntual la NUEVA EPS guardó silencio.

En este sentido, se observa que, la accionante cuenta con afiliación al servicio de salud prestado por la Nueva EPS, en condición de beneficiaria del régimen contributivo, razón suficiente para establecer la obligación de la referida EPS de prestar la atención **integral** que requiera.

Lo anterior, se encuentra regulado en el **artículo 8° de la Ley 1751 de 2015**²⁸, mediante el cual por disposición legal se debe garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar *“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”*.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el objeto planteado por la actora en la acción de tutela es, esencialmente, que se ordene a la Nueva EPS, la autorización de la resonancia nuclear magnética de cerebro en una IPS del municipio de Duitama o del Departamento de Boyacá, este Despacho encuentra que es deber de la EPS evitar la realización de trámites innecesarios que pongan en riesgo la salud de sus afiliados, teniendo como pilar la eficiente e integra prestación del servicio de salud.

Por consiguiente, teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la parte actora, según los cuales, no cuenta con recursos económicos para desplazarse a la ciudad de Bogotá para la realización del examen de resonancia nuclear magnética de cerebro ordenado a su hija menor y el temor que tiene de viajar a una ciudad que considera *“inmensa”* y que desconoce, este Despacho considera que si la NUEVA EPS cuenta con convenio vigente para realizar el examen médico requerido con una IPS que se localice en Duitama o en alguna otra ciudad del departamento, debe acceder a facilitar y hacer más factible el acceso a la prestación del servicio de salud requerido.

En el evento en que la Nueva EPS no cuente con convenio vigente con una IPS

²⁷ Folio 39: Consulta realizada por el Despacho en:

http://aplicaciones.adres.gov.co/BDUA_Internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=aZ11xD3bIWpV5uDSodJcng==

²⁸ Declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante **sentencia C-634 de 2015**. POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.

especializada que cuente con la posibilidad de realizar el examen antes transcrito en la ciudad de Duitama, corresponde a la entidad accionada, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional enunciada en el acápite de consideraciones de esta providencia, asumir los gastos necesarios para garantizar el servicio de transporte, hospedaje y el acceso a las atenciones de salud requeridas por el médico tratante, en razón a que (i) el examen fue autorizado por la EPS y su práctica fue remitida a un prestador ubicado en un municipio distinto del que reside la menor y su familia; (ii) la paciente es una niña de 7 años de edad que depende de sus padres, los cuales han manifestado que carecen de recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado a otra ciudad; (iii) la realización del examen médico ordenado es de vital importancia para avanzar en el diagnóstico médico de la menor, la cual padece fuertes dolores de cabeza que afectan sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones de dignidad.

Por tanto, la anterior protección especial cobija no solo a la paciente sino a un acompañante, como quiera que se trata de una menor de edad y así se encuentra demostrado en el plenario. Adicionalmente, si la atención médica en el lugar de remisión requiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero: TUTELAR el derecho fundamental a la salud de la menor DANIELA STEFANIA VARGAS MARTINEZ quien actúa por intermedio de su progenitora la señora FLOR ALBA MARTÍNEZ, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

Segundo: ORDENAR al Representante Legal de la NUEVA EPS, o a quien haga sus veces, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de este fallo, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a AUTORIZAR la realización de la RESONANCIA NUCLEAR MAGNETICA DE CEREBRO a la menor DANIELA STEFANIA VARGAS MARTINEZ, en una institución prestadora de salud con la cual tenga convenio y que se encuentre en el municipio de Duitama.

Parágrafo: En el evento en que a la fecha de comunicación de la presente providencia la NUEVA EPS no cuente con un convenio vigente con una IPS que se localice en Duitama para la realización de la resonancia nuclear magnética de cerebro, ORDENAR a la NUEVA EPS que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante las acciones tendientes a garantizar el transporte de la menor y su acompañante hasta la ciudad de Bogotá o la que corresponda, así como su alojamiento durante el tiempo que requiera la atención médica fuera de su lugar de residencia.

Tercero: EXHORTAR al Representante Legal de la Nueva EPS o a quien haga sus veces, para que en lo sucesivo autorice y preste todos los servicios de salud requeridos por la menor Daniela Stefania Vargas Martínez que sean prescritos por su médico tratante, sin incurrir en demora, ni dilaciones.

Cuarto: Notificar por Secretaría esta providencia a los interesados por el medio más expedito, para cuyo efecto se podrá utilizar el fax, teléfono, conforme al procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Déjense las

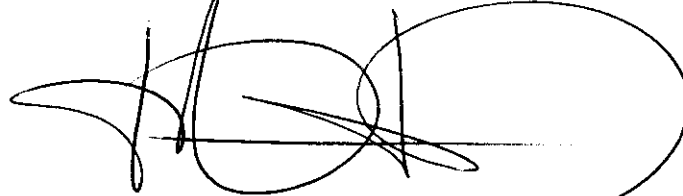
constancias pertinentes y alléguese al expediente. Por Secretaría Verifíquese el cumplimiento de la Notificación.

Quinto: Informar a la parte actora que en caso de que la orden de tutela no se cumpla en los términos y condiciones aquí previstos, podrá avisarlo a éste Despacho a fin de que se tramite incidente de desacato contra la accionada, en los términos que prevé el artículo 52 y siguientes del Decreto 2591 de 1991.

Sexto: Informar a las partes que este fallo es susceptible de impugnación, conforme lo establece el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Séptimo: Si este fallo no fuere impugnado, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, inmediatamente quede ejecutoriada esta providencia. Déjense las respectivas constancias en el Sistema de Información Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LALO ENRIQUE OLARTE RINCÓN
Juez

