



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Valledupar, dos (2) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: Acción de Tutela – Impugnación Sentencia

Accionante: ALFONSO RAFAEL CAMPO MARTÍNEZ, en calidad de Personero Municipal de Valledupar, en representación de JÉSSICA CAROLINA QUINTERO OROZCO, como representante legal de su hijo menor MAURICIO PALLARES QUINTERO.

Demandada: NUEVA EPS

Radicación: 20-001-33-33-006-2019-00338-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la entidad accionada Nueva E.P.S., contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 2019, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual se ampararon los derechos fundamentales invocados por el accionante.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Acción de tutela.

La señora JÉSSICA CAROLINA QUINTERO OROZCO, manifiesta a través del Personero Municipal de Valledupar, que su hijo menor MAURICIO PALLARES QUINTERO padece de ESTRABISMO y está en control en Visión del Litoral, en la ciudad de Valledupar, por lo que el médico tratante especialista en Oftalmología le ordenó la "Evaluación Ortóptica", siendo autorizado por la Nueva E.P.S. para Visión del Litoral en la ciudad de Barranquilla.

La actora se acercó a la Nueva EPS para solicitar los gastos de traslado, como quiera que no tiene los recursos económicos para poder cumplir con las citas médicas, la valoración por NEUROPSICOLOGÍA PRUEBA COGNITIVA ordenada por el médico tratante, la cual fue autorizada para la Fundación Hospital Universidad del Norte, también en la ciudad de Barranquilla, empero, este fue negado, razón por la cual interpone acción de tutela con la finalidad que se le garantice al menor, los gastos de traslado, manutención, alojamiento, de un acompañante y de transporte interno en la ciudad de Barranquilla o a cualquier parte del país donde sea remitido el menor MAURICIO PALLARES QUINTERO, para la cita de Neuropsicología, así como la evaluación Ortóptica ordenada por el médico tratante.

De igual manera solicita se le garantice todos los insumos, exámenes, estudios, consultas médicas y demás servicios médicos que requiera, estén o no por fuera del PBS, durante el tratamiento de su enfermedad, garantizando una atención integral, oportuna y pertinente.

2. Providencia impugnada.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante fallo de 21 de octubre de 2019, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud, a la integridad personal

y seguridad social del menor MAURICIO PALLARES QUINTERO, representado en la presente por su madre JÉSSICA CAROLINA QUINTERO OROZCO.

Ordenó al representante legal de la NUEVA EPS, Dra. VERA JUDITH CEPEDA FUENTES, o a quien haga sus veces, para que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, procedan autorizar de manera urgente el pago de los viáticos y gastos de traslado, manutención, transporte interno, y hospedaje (sólo en el evento de ser necesario) del menor MAURICIO PALLARES QUINTERO, y un acompañante desde la ciudad de Valledupar –Cesar al lugar donde se va a prestar el servicio médico en la ciudad de Barranquilla o donde el médico tratante lo disponga – ida y regreso-, con el fin que el actor pueda asistir a las citas médicas de Evaluación Ortóptica y valoración por Neuropsicología –Prueba Cognitiva, cada vez que el galeno tratante lo determine, con el fin de garantizar la continuidad del tratamiento médico.

En igual sentido, le ordena garantizar insumos, exámenes, consultas médicas y demás servicios derivados de las citas médicas a las que debe asistir al menor MAURICIO PALLARES QUINTERO – estas son Evaluación Ortóptica y valoración por Neuropsicología – Prueba Cognitiva, que este requiera con el fin de garantizar una atención integral de la enfermedad que padece, H500 – ESTRABISMO CONCOMITANTE CONVERGENTE.

Señala que es claro para el despacho que el menor debe desplazarse a la ciudad de Barranquilla, junto con un acompañante, para acceder al servicio de salud que requiere debido a la patología que padece, y dado a que la entidad demandada NUEVA EPS, es la encargada de suministrar todo el procedimiento que incluya su servicio de salud, debe realizar todas las gestiones pertinentes a fin de que sus afiliados puedan preservar sus estados de salud, inclusive, si para acceder a dichos servicios se hace necesario otorgar y/o facilitar gastos de transporte, y ante la evidente necesidad de garantizar el derecho fundamental a la salud del accionante, en aras de que no se le prive de dichos servicios médicos requeridos para preservar su estado de salud, se ordenará la protección de los derechos fundamentales a la vida en conexidad con la salud, a la integridad personal y seguridad social del accionante vulnerados por la NUEVA EPS.

3. La impugnación.

La Nueva EPS impugna el fallo anterior, alegando referente a la solicitud del servicio de transporte, que el municipio de Valledupar no cuenta con UPC diferencial por lo que deben ser financiados por el afiliado y su grupo familiar. Los gastos de transporte alimentación y hospedaje, son servicios que no corresponde a prestaciones reconocidas al ámbito de salud y es una exclusión expresa del pos y no financiable con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud.

Precisa que el servicio de transporte es un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica dentro de las cuales no se encuentran el municipio de Valledupar, resalta que los únicos municipios que cuentan con UPC diferencial son GONZÁLEZ Y TAMALAMEQUE - CESAR.

A su vez los gastos de transporte, alimentación y hospedaje del paciente y su acompañante, no es un servicio médico. Por ello, las diferentes Salas de la Corte han concedido las peticiones de traslado de usuarios y de sus acompañantes.

Aunado lo anterior, respecto a la solicitud de suministrar, LOS GASTOS DE ALIMENTACIÓN Y HOSPEDAJE DEL MENOR Y SU ACOMPAÑANTE, encuentra que mediante sentencia T-655/12, el reconocimiento de estos gastos tienen un carácter de ser un gasto fijo, que igualmente debía cubrir el accionante en cualquier circunstancia, como parte de su obligación legal de trasladarse, sin distinción del lugar donde se tuviese que cumplir, por lo mismo, los gastos incoados se consideran gastos improcedentes que no deben ser reconocidos vía tutela, ni ocasiona amenaza o vulneración en relación con los derechos fundamentales a la vida y la salud.

De otra parte, indica que conceder el tratamiento integral al accionante que solo requiere un medicamento, insumo o procedimiento concreto, transgrediría el derecho fundamental a la igualdad respecto a los demás afiliados, pensarían estos que el único mecanismo idóneo sería la acción de tutela y no realizarían el proceso administrativo para obtener su servicio de salud, tal cual como es su deber, artículo 138 de la Ley 1122 de 2007, de acuerdo a los principios del Sistema de Seguridad Social en Salud, y así nos vemos avocados, tanto en la Administración de Justicia y NUEVA EPS, a un sinnúmero de Acciones de Tutelas injustificadas, temerarias y abusando del derecho. A su vez, en todo caso, el principio de integralidad no debe entenderse de manera abstracta y supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo a los que emita el paciente o Juez de tutela.

Solicita que se revoque el fallo de tutela y se vincule a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, como litis consorte necesario, pues de acuerdo a la Ley 715 de 2001, Ley 1122 de 2007, Resolución 5334 de 2008, las entidades territoriales son las encargadas de garantizar la pertinencia, universalidad y asegurabilidad en salud, referente a aspectos como de dirección, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación del servicio de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control, teniendo en cuenta la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud de la población del régimen subsidiado.

Finalmente solicita que en caso de ser concedida la presente acción, se ordene expresamente que la Secretaría de Salud pague a la NUEVA EPS el 100% del costo de los servicios de salud que no están en el plan de beneficios de salud, y le sean suministrados a la usuaria, dentro de los 15 días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por disposición del artículo 86 de la Constitución Política, artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación tiene competencia para conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta contra los fallos de tutela proferidos por los jueces administrativos de esta sección del País.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, consagra en el inciso segundo: *“El Juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo (...) si a su juicio el fallo carece de fundamento procederá a revocarlo de inmediato. Si se encuentra el fallo ajustado a derecho lo confirmará...”*

La Constitución Política, crea la acción de tutela como un mecanismo especial que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y de las demás personas particulares en los casos que determine la ley.

El problema jurídico a resolver en esta segunda instancia, consiste en establecer si se revoca o no el fallo de primera instancia, que amparó los derechos fundamentales a la salud, integridad personal y seguridad social del menor MAURICIO ISMAEL PALLARES QUINTERO, representado por su madre JÉSSICA CAROLINA QUINTERO OROZCO, porque en consideración de la NUEVA EPS, no es viable ordenar gastos de transporte, ni tratamiento integral por involucrar hechos futuros e inciertos y porque debe vincularse a la Secretaria de Salud del Departamento del Cesar, por tratarse de un accionante vinculado al régimen subsidiado, y en todo caso debe ordenarse el respectivo recobro para preservar el equilibrio financiero del sistema.

1. La salud como derecho fundamental.

En relación con el derecho a la salud, lo primero que se debe señalar es que el artículo 49 de la Constitución Política consagra este derecho como una garantía a favor de todos los ciudadanos colombianos y a cargo del Estado. De acuerdo con esa norma, al Estado le corresponde:

- Garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación.
- Organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud, conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer las actividades de vigilancia.
- Procurar que la atención básica de los habitantes sea gratuita y obligatoria.

Con la sentencia T – 760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, el derecho a la salud fue reconocido por la jurisprudencia como un derecho fundamental autónomo, sin quedar despojado del carácter de servicio público esencial, ni de derecho prestacional, condiciones que ya la Constitución le había conferido.

En consecuencia, cuando proceda el amparo del aludido derecho, éste no debe hacerse en conexión con la vida o con la integridad personal, sino que debe tutelarse como derecho fundamental autónomo.

A partir de la sentencia T-760 de 2008, se ha desarrollado la interpretación y aplicación de la Ley 100 de 1993 y demás decretos reglamentarios. Así, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 100, los asociados pueden integrar el Sistema General de Seguridad Social en Salud bajo dos modalidades: los afiliados que, de acuerdo con la capacidad de pago, hacen parte del régimen contributivo o el subsidiado, y los vinculados que, según la misma norma, *“son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.”*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado¹ que el ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe garantizarse conforme con el principio de atención integral. En efecto, en la sentencia T-760 de 2008 se estableció lo siguiente:

“(...) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS. (...)”

Por su parte, el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 enuncia este principio de la siguiente manera:

“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

El literal c) del artículo 156 de la misma ley dispone que:

¹ Por ejemplo en la sentencia T-574 de 2010.

“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

Así mismo, en la sentencia T-576 de 2008, la Corte Constitucional dijo que el principio de integralidad o integridad, en materia de salud, debe entenderse como *“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente”*². (Subraya la Sala).

La Corte Constitucional destacó:

*“17.- El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento”*³.

(...)

A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad 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 proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos.⁴ La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente.”

Entonces, la atención médica que deben prestar las EPS debe ser, en todos los casos, integral y completa, incluso en los eventos en los que el médico tratante no haga una prescripción específica o no sugiera que se lleve a cabo un determinado tratamiento cuando este parece vital⁵.

2. El derecho fundamental a la salud de las niñas, los niños y los adolescentes.

² Consultar Sentencia T-518 de 2006.

³ Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

⁴ Sobre el particular, se puede consultar las sentencias T-307 de 2007, T-016 de 2007 y T-926 de 1999, entre otras.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Magistrado ponente: Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), REF.: EXPEDIENTE No. 25000-23-42-000-2012-01661-01, ACCIÓN: TUTELA, ACTOR: ISABEL GÓMEZ RODRÍGUEZ Y OTRO, DEMANDADO: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – NUEVA E.P.S.

La Constitución Política se refiere al derecho a la salud en distintos artículos. Se encuentra catalogado así como un *derecho fundamental de los niños* (artículo 44), una garantía por parte del Estado para el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de *todas las personas* (artículo 49), un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme con el *principio de solidaridad social* (artículo 95) y un objetivo fundamental a ser satisfecho por el Estado en aras de la consecución *del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población* (artículo 366).

El derecho a la salud ha sido definido por la Corte Constitucional como la facultad de *“mantener la normalidad orgánica y funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación”*⁶ y, así mismo, desde la sentencia T-760 de 2008, dejó claramente establecido que el derecho a la salud es un *derecho autónomo fundamental* que se debe garantizar a todos los seres humanos igualmente dignos.

Esa fundamentalidad del derecho a la salud se hace más rigurosa cuando se trata de brindar protección y cobertura a un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya situación de vulnerabilidad exige un cuidado singular, impone la primacía de sus derechos sobre los de los demás y obliga a la familia, la sociedad y al Estado a *“asistir[los] y proteger[los] para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”* (artículo 44 Superior).

Justamente, con la reciente expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015⁷, el derecho a la salud fue reconocido como fundamental por el legislador, dotándolo de una naturaleza autónoma e irrenunciable en lo individual, y de un contenido que comprende el acceso a los servicios que se requieran de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

A partir de ese reconocimiento legal, el derecho fundamental a la salud goza de unos *elementos esenciales* como son la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional, que deben ser garantizados por el Estado y por las entidades encargadas de prestar directa o indirectamente los servicios de salud. Así mismo, se rige por 14 principios orientadores dentro de los cuales cabe destacar los siguientes: (i) *el de universalidad*, que refiere a que todos los residentes en el territorio colombiano disfrutarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida; (ii) *el de equidad*, que impone al Estado el deber de adoptar políticas públicas de mejoramiento de la salud para personas de escasos recursos y sujetos de especial protección; (iii) *el de oportunidad*, que exige la prestación sin dilaciones de los servicios y tecnologías de salud; y, (iv) *el de prevalencia de derechos*, que propende por implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral en salud a las niñas, los niños y los adolescentes.

Este último principio en mención, adquiere relevancia porque a través de él se pretenden crear acciones afirmativas que promuevan el interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes en el sistema de salud colombiano, independientemente del régimen de provisión, cubrimiento o financiamiento al cual se encuentren afiliados, al punto que el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 establece que *“su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica”*.

⁶ Ver, entre otras sentencias de tutela, las sentencias T-597 de 2003, T-1218 de 2004 y T-361 de 2007.

⁷ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

Lo anterior no es otra cosa que la vinculación directa del derecho fundamental a la salud con el *principio de integralidad* (art. 8 *ibídem*), que expresa que las personas deben recibir en el momento adecuado todas las prestaciones que pueden llevar efectivamente a la recuperación de su estado de salud, con independencia que estén incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud⁸, y la realización de los postulados contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ratificada a través de la Ley 12 de 1991, la cual en su artículo 24 establece como derecho de las niñas, los niños y los adolescentes, el disfrute del más alto nivel de salud posible y el acceso a servicios para el diagnóstico, el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud. En ese mismo sentido, el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006⁹ consagra que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral, entendida como la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones conducentes a la conservación o la recuperación de la salud¹⁰.

3. Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS.

Con el fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales que pueden verse afectados con la exclusión de determinados medicamentos y tratamientos médicos del POS, la jurisprudencia del Alto Tribunal en materia Constitucional ha establecido los criterios que debe tener en cuenta el Juez de Tutela para ordenar la prestación de los mismos:

Así las cosas, en Sentencia T- 269 de 2011 señaló:

“...Debe emitirse una orden de amparo a favor de la persona que requiera un servicio médico no incluido, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”

En adelante, se observará que una empresa encargada de prestar el servicio de salud viola este derecho, si se niega a autorizarlo por no estar incluido en el POS, si presenta las dos primeras y la última de las condiciones antes referidas (“requiera”); cuando registre la condición (iii), lo será con “necesidad”.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cuando mediante acción de tutela el juez constitucional conoce de la presunta vulneración del derecho a la salud por la negativa de una Entidad Promotora de Salud de prestar un servicio médico por el hecho de no estar incluido en el POS, es procedente ordenar el suministro de éste, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por la H. Corte Constitucional al respecto.

⁸ Sentencias T-924 de 2011, T-388 de 2012 y T-887 de 2012 (todas del MP Dr. Luís Ernesto Vargas Silva).

⁹ “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

¹⁰ Sobre el punto, ver sentencia T-105 de 2014 (MP Dr. Luís Ernesto Vargas Silva).

4. Cobertura del servicio de transporte y alojamiento por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud.

El suministro de transporte y el alojamiento por parte de la EPS a una persona con el fin de facilitarle el acceso a los servicios de salud y la prestación de los tratamientos médicos ordenados por el médico tratante, en los eventos en que se requiera que éstos sean suministrados en un lugar diferente al de su residencia, adquieren un carácter trascendental cuando los pacientes no cuentan con los recursos suficientes para financiar estos gastos, ya que estos se tornan indispensables para que puedan acceder al tratamiento integral y de esta forma recuperar su salud. Por lo anterior, en la jurisprudencia constitucional se ha reconocido el derecho a que sea suministrado el transporte, previo cumplimiento de ciertos requisitos.

Al respecto, la H. Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

“La jurisprudencia constitucional, 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. Bajo el acuerdo 008 de 2009, esta Corporación ha destacado que la obligación de asumir el transporte medicalizado o gastos de traslado para el paciente con un acompañante y estadía de las mismas, corresponde a las entidades promotoras de salud, en otras palabras, “nace para el Estado la obligación de suministrarlos, sea directamente, o a través de la entidad prestadora del servicio de salud (...) Para los efectos de la obligación que se produce en cabeza del Estado, es indiferente que el afectado se encuentre en el régimen contributivo o subsidiado”.

En consecuencia, será procedente la acción de amparo para solicitar el traslado en ambulancia o subsidio de transporte, incluido el hospedaje para el paciente cuando se acredite: “(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona; (ii) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y (iii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.”

Adicionalmente, ha definido la Corporación que procede la tutela constitucional para garantizar el pago del traslado y estadía del usuario con un acompañante en aquellos casos en los que: “(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”

Así las cosas, cuando se verifican los requisitos mencionados, el juez constitucional debe ordenar el desplazamiento medicalizado o el pago total del valor de transporte y estadía para acceder a servicios médicos que no revistan el carácter de urgencias médicas.

Ahora bien, es evidente para la Sala que el transporte en ciertos casos permite la observancia del principio de integralidad en salud, toda vez que el respeto a esta garantía fundamental no solo incluye el reconocimiento de la prestación del servicio que se requiere (POS y no POS), sino también su

acceso oportuno, eficiente y de calidad. De tal manera, que estas características de las prestaciones integrales en salud se ven truncadas cuando los usuarios de las EPS no pueden acceder a las atenciones hospitalarias realizadas en lugar diferente al de su residencia, dado que la carga es desproporcionada respecto de la capacidad económica del paciente y su familia¹¹”.

Así las cosas, se encuentra establecido que por vía de tutela se puede impartir la orden a la empresa prestadora del servicio de salud, de que preste el servicio de transporte y alojamiento del afiliado y de un acompañante, cuando el paciente lo requiera, para garantizar de esta forma el acceso oportuno a los servicios médicos asistenciales.

5. Caso Concreto.

En el presente caso, se encuentra probado que efectivamente el menor MAURICIO PALLARES QUINTERO, figura como afiliado en calidad de beneficiario a través de la NUEVA EPS, régimen subsidiado de salud, así como se pudo comprobar que a este le fue autorizada cita de control en la ciudad de Barranquilla, para valoración de NEUROPSICOLOGIA PRUEBA COGNITIVA Y EVALUACION ORTÓPTICA, ordenadas por el médico tratante, debido a las patologías que padece de ESTRABISMO CONCOMITANTE CONVERGENTE.

La Nueva EPS en la impugnación argumenta que la obligación para responder por el acceso al servicio de salud en este caso y del correspondiente recobro recae en la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, por ser el accionante un afiliado al régimen subsidiado, que el accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa, que no es viable ordenar por tutela atención integral ni gastos de transporte.

En relación con lo anterior, se encuentra que la jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho a que los gastos relacionados con el transporte aéreo y/o terrestre, intermunicipal y/o urbano, alojamiento y alimentación sean suministrados por la EPS, en los eventos en que el paciente tenga que desplazarse fuera del lugar de residencia para acceder a los servicios necesarios y excepcionalmente dentro de la misma ciudad de residencia, cuando por las circunstancias en particular de la persona, como lo es por ejemplo, que no se pueda desplazar por sí misma, por las condiciones de discapacidad en que se encuentra, es indispensable que éste sea prestado para garantizar así el acceso efectivo al servicio de salud.

En esas condiciones, no existe duda que el accionante, (i) padece quebrantos de salud por la enfermedad que presenta –Estrabismo Concomitante Convergente-, (ii) se presume que su situación económica es precaria, y le impide contar con los recursos para satisfacer sus necesidades básicas; y (iii) sus familiares no cuentan con los medios económicos para garantizar la protección que requiere, manifestación que se tiene por cierta por cuanto no fue desvirtuada por la accionada, toda vez que su madre afirma que no cuenta con la facilidad de los recursos para trasladar al niño con su respectivo acompañante, que no tienen cómo sufragar los gastos de alimentación, transporte y hospedaje requeridos para ello.

¹¹ Sentencia T- 481 de 2011, M.P. Dr. LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA.

Cabe anotar que aun cuando le corresponde a la accionante demostrar la carencia de recursos económicos, que en este caso la imposibilitan para asumir el pago de los costos de transporte y alimentación en caso de necesitar atención en otra ciudad, conforme con la jurisprudencia constitucional la manifestación que realizan los accionantes de no contar con los recursos económicos para asumir dichos costos, es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, a quien le corresponde por lo tanto, probar lo contrario. Al respecto, cabe citar la sentencia T-662 de 2008 que dijo:

Así mismo, la sentencia T- 662 de 2008, dijo que cuando se trata de carencia de recursos económicos: "(i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, para la Corporación, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción judicial de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política".

Como ya se dijo en acápite anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado en la necesidad de que las entidades prestadoras de salud deben dar continuidad a los tratamientos ordenados a los pacientes, con el fin de garantizarles su efectiva recuperación. En cumplimiento de ello, deben facilitar los medios adecuados para que las personas puedan acceder a las instituciones que presten los servicios en salud que requieren con necesidad. Sobre ello se manifestó en la sentencia T-352 de 2010¹², "... que los gastos de transporte adquieren el carácter de fundamental y deben ser amparados por este mecanismo constitucional."

Por lo tanto, esta Sala considera que la entidad accionada está incumpliendo sus deberes legales y constitucionales, evidenciando la vulneración del derecho fundamental a la salud del menor MAURICIO PALLARES QUINTERO, a quien se pone en riesgo no sólo la salud sino su afectación en el desarrollo de su vida en condiciones dignas. Por lo tanto, se reitera que los gastos de traslado del paciente y de un acompañante cuando se requiera, no pueden convertirse en obstáculos para el goce de sus derechos fundamentales.

Por ello, teniendo en cuenta la incapacidad económica de la accionante, la NUEVA E.P.S. debe asumir los gastos de transporte del referido menor y su acompañante, en la forma ordenada por el *A quo*, pues en este caso se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para que sea dicha entidad la que garantice el acceso al servicio,

Referente a qué es la Secretaría de Salud Departamental del Cesar quien debe responder por el servicio de salud y el correspondiente recobro, hay que indicar que ello no es procedente por cuanto si bien la obligación de asumir el pago de lo no incluido en el POS radica en cabeza de dicha Secretaría, la encargada de la prestación del servicio es la NUEVA EPS, por ser la entidad a donde se encuentra afiliado el accionante en salud.

Tampoco se acepta lo afirmado por la impugnante de que la accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa, porque ello no es cierto, ya que la única vía idónea con que cuenta la accionante para la protección de los derechos fundamentales que invoca, es la acción de tutela.

¹² Sentencia 352 de 2010 MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Así las cosas, en el presente caso no se admite discusión de que quien está a cargo de la prestación de los servicios en salud del accionante es la NUEVA EPS, ahora en relación con las prestaciones excluidas del POS que pueda necesitar el accionante para el tratamiento y mejoramiento de la patología que padece, es de recordar que de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia constitucional referenciada con anterioridad, para que por vía de acción de tutela se ordene el suministro de elementos NO POS, es necesario que se encuentren acreditadas las siguientes condiciones:

1. La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; 2. El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; 3. El interesado no puede directamente costearlo, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y 4. El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. En el presente caso, se cumplen estas condiciones.

Ahora bien, respecto al argumento de la impugnante de que no se debió ordenar un tratamiento integral por tratarse de eventos que aún no se han presentado, debe señalar la Sala que tal y como lo consagra la jurisprudencia citada, cuando se trata de la protección del derecho a la salud, la orden debe ir orientada a que se preste una atención médica que en todos los casos, debe ser integral y completa.

En relación con el recobro de los servicios y medicamentos NO POS, se precisa que es un derecho que la NUEVA E.P.S., adquiere una vez preste el servicio u otorgue el medicamento no incluido en el POS a la accionante, el cual tiene origen y fundamento en la Ley 1122 del 2007 y no en la sentencia, pues no es el objeto de la tutela ordenar el pago de sumas de dinero, siendo las EPS las que deberán adelantar los trámites administrativos para efectos del referido recobro según sea el caso¹³.

Por lo tanto, esta Sala considera que la entidad accionada está incumpliendo sus deberes legales y constitucionales, evidenciando la vulneración de los derechos fundamentales del accionante, a quien se pone en riesgo no sólo la salud sino su afectación en el desarrollo de su vida e integridad personal.

Por todo, al estar demostrada la vulneración alegada por el accionante, la Sala comparte los argumentos esgrimidos por el *A-quo* para conceder el amparo tutelar, razón por la cual se confirmará la sentencia impugnada.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido el 21 de octubre de 2019, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T- 269 de 2011, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Cópiese, notifíquese a las partes o intervinientes por el medio más expedito y eficaz, personalmente, vía fax o por telegrama, y envíese copia de esta decisión al Juzgado de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 112.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado