

Sentencia T-002/16

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-La prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad

En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que se debe proporcionar para garantizar el derecho a la salud, no tiene como único objetivo obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón se deben orientar todos los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

TRANSPORTE Y ALOJAMIENTO EN EL SISTEMA DE SALUD Y SU NEXO CON EL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD-Subreglas jurisprudenciales

El juez de tutela debe evaluar, en cada situación en concreto, la pertinencia, necesidad y urgencia del suministro de los gastos de traslado, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar y, en caso de ser procedente, recobrar a la entidad estatal los valores correspondientes.

SERVICIO DE TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES-Inclusión en el Plan Obligatorio de Salud, tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Improcedencia para obtener el servicio de transporte por cuanto no se demostró incapacidad económica

El accionante no manifiesta la incapacidad de cubrir el costo del transporte, además, se evidencia que aún es una persona activa laboralmente, pues es el cotizante activo de su afiliación a salud, la distancia que debe recorrer para asistir a las terapias, no se erige como un obstáculo imposible de superar y, si bien es cierto que la enfermedad del accionante es

considerada como catastrófica, no manifiesta ni se evidencia, de la historia clínica aportada, que necesite cuidados especiales para transportarse desde su residencia hasta el hospital donde se le realiza el procedimiento y, existe un deber de solidaridad que recae, en principio, en el núcleo familiar, el cual, se logra evidenciar dentro del expediente, tiene una situación económica estable.

Referencia: expediente T-5.206.130

Demandante: Henry Oswaldo Téllez Garay

Demandado: Nueva EPS

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C, dieciocho (18) de enero de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 16 de julio de 2015 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Facatativá-Cundinamarca, en el trámite iniciado por el señor Henry Oswaldo Téllez Garay contra la Nueva EPS.

El citado proceso de tutela fue seleccionado por la Sala de Selección número diez (10), mediante auto del 28 de octubre de 2015, correspondiendo su estudio y decisión a la Sala Cuarta de Revisión.

I.ANTECEDENTES

1. La solicitud

El señor Henry Oswaldo Téllez Garay, promovió acción de tutela en procura de obtener la

protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, los cuales considera vulnerados por la Nueva EPS, al no prestarle el servicio de transporte desde su lugar de residencia, ubicada en el municipio de Guayabal de Siquima, hasta el Hospital San Rafael de Facatativá, institución en la que se le practica el tratamiento de hemodiálisis. Ambos municipios ubicados en el departamento de Cundinamarca.

2. Hechos

- El señor Henry Oswaldo Téllez Garay tiene, a la fecha, 50 años de edad. Se encuentra afiliado a salud en calidad de cotizante, a través de la Nueva EPS y reside en el municipio de Guayabal de Siquima.
- Le fue diagnosticado “insuficiencia renal crónica estadio 5 “, por lo que debe asistir a terapias de reemplazo renal los días lunes, miércoles y viernes de 11 am a 4 pm en el Hospital San Rafael de Facatativá.
- El 27 de agosto de 2014, elevó una solicitud a la Nueva EPS para que le fuera autorizado el servicio de transporte desde su vivienda hasta el Hospital San Rafael en Facatativá.
- El 29 de agosto de 2014, la Nueva EPS negó la solicitud, argumentando que dicha petición se trataba de “bienes y servicios que no pertenecen al POS”[1].
- El accionante aduce necesitar las terapias para garantizar su derecho fundamental a la salud, pues de ellas depende su funcionamiento renal.

3. Pretensión

El señor Henry Oswaldo Téllez Garay pretende que se le amparen sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS que autorice el transporte que requiere desde su lugar de residencia ubicado en Guayabal de Siquima, hasta el Hospital San Rafael de Facatativá, lugar en el que se le practica las terapias de hemodiálisis.

4. Pruebas que obran en el expediente

- Copia de radicación de solicitud de servicios del señor Henry Oswaldo Téllez Garay a la Nueva EPS, del 27 de agosto de 2014 (folio 3).
- Copia de la historia médica del señor Henry Oswaldo Téllez Garay, emitida por la Unidad Renal Can 2005, del Hospital San Rafael de Facatativá (folios 4 a 10).

5. Oposición a la acción de tutela

El 6 de julio de 2015, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Facatativá, admitió la acción de tutela y corrió traslado a la entidad demandada para que ejerciera su derecho de defensa.

5.1. Nueva EPS

El 9 de julio de 2015, el Coordinador Jurídico de Regionales de la entidad, dio respuesta a la acción tutela en la que manifestó, que el 29 de agosto de 2014, a través de un comunicado, se le informó al señor Henry Oswaldo Téllez Garay que su solicitud de autorización de traslado desde el municipio de Guayabal de Siquima a Facatativá, para la práctica del tratamiento de hemodiálisis, había sido resuelta negativamente. En aquella oportunidad, el Comité Técnico Científico argumentó que la solicitud está por fuera del Plan Obligatorio de Salud pues de acuerdo con la Resolución 5521 del 2013 en el artículo 125, que establece que los traslados deben ser autorizados por el médico tratante y, en el caso del señor Téllez Garay, no hay concepto médico que lo sugiera.[2]

Así mismo, argumentó que, “este caso puntual se trata de un usuario que requiere la prestación del servicio catalogado como consulta externa. Este es un servicio programado y ambulatorio, es decir, no reviste el carácter de urgencia ni de internación del paciente y que se presta a través de una cita previa.”[3]

En conclusión, solicita se denieguen las pretensiones del accionante, toda vez que la entidad se ha ceñido a lo establecido por la normativa vigente en materia de salud.

II. Decisión judicial

El 16 de julio de 2015, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Facatativá negó las pretensiones del accionante al considerar que el Artículo 124 y 125 de la

Resolución 5521 de 2013, establece taxativamente las causales por las cuales se puede autorizar el traslado de un paciente y, dentro de ellas, no se enmarca la situación del actor. Así pues, comoquiera que no se evidencia dentro del acervo probatorio, orden médica que recomiende el transporte del señor Henry Oswaldo Téllez Garay, la solicitud carece de fundamento.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Facatativá, dentro de la acción de tutela T-5.206.130, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9o, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En armonía con lo dispuesto por la norma superior, el artículo 10o del Decreto 2591 de 1991[4], establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. ”

En desarrollo del citado artículo, esta Corte ha concretado las posibilidades de su promoción, así: (i) del ejercicio directo, es decir quién interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o, en su defecto, el poder general respectivo; y (iv) por medio de agente oficioso.”[5].

En esta oportunidad, el accionante hace uso de la acción de amparo en ejercicio directo de sus derechos fundamentales, por tal motivo, está legitimado para actuar.

2.2. Legitimación pasiva

La Nueva EPS es una entidad que se ocupa de prestar el servicio público de salud, por tanto, de conformidad con el artículo 5o y el numeral 2o del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[6], está legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar, si existió, por parte de la Nueva EPS, la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Henry Oswaldo Téllez Garay al no autorizarle el servicio de transporte desde su residencia ubicada en Guayabal de Síquima, hasta el Hospital San Rafael de Facatativá, lugar en el que se le practica el tratamiento de hemodiálisis.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala realizará un análisis jurisprudencial de los siguientes temas: (i) el derecho fundamental a salud; (ii) los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas; y (iii) el servicio de transporte para el acceso efectivo al servicio de salud.

4. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio

es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Al efecto, esta Corporación señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”[7]

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015) claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho, en sus artículos 1o y 2o. En efecto, en relación con dicha ley se ha expresado que consagra:

“[E]l derecho fundamental a la salud como autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado “[8]

Así pues, este mecanismo de amparo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.[9]

Igualmente, ha considerado esta Corporación, que la tutela es procedente en los casos en que “(a) se niegue, sin justificación médico — científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos

económicos necesarios[10]”.

5. Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia

En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que se debe proporcionar para garantizar el derecho a la salud, no tiene como único objetivo obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón se deben orientar todos los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

Al respecto, en sentencia T-617 de 2000[11] esta Corporación manifestó:

“En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, no solo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución Política, se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas “.(Negrilla por fuera del texto)

Lo anterior, obedece a que la enfermedad no solo debe tratarse desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva integral, que abarque todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar las habilidades funcionales, mentales y sociales del paciente.

De esa manera, en aquellos casos en los que científicamente no se pueda obtener la recuperación del estado de salud del paciente por el complejo cuadro clínico que presenta, se debe propender, por todos los medios, a garantizar el nivel de vida más óptimo a través de la totalidad de los elementos y tratamientos que se encuentren disponibles, pues con ocasión de sus enfermedades son fácilmente expuestos a afrontar situaciones que atentan contra su dignidad humana, los cuales aunque no persigan el completo y eficaz restablecimiento del paciente, sí resultan paliativos para sus difíciles condiciones, pues por

medio de ellos se les brinda una calidad de vida con un mínimo de dignidad.

Conforme a lo expuesto, resulta claro que se deben suministrar todos los implementos, accesorios, servicios, insumos y tratamientos que requiera el paciente, cuando por su insolvencia económica no pueda asumir su costo y con su falta, se vea expuesto a afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana, una actuación contraria desconocería los postulados constitucionales y los pronunciamientos de esta Corte en los que se ha indicado que no solo se debe prestar un servicio que permita la mera existencia de la persona, sino que, además, le asegure unas condiciones de dignidad a pesar de sus irreversibles padecimientos.

Precisamente, en la sentencia T-899 de 2002[13], la Corte señaló:

“(…) En segundo lugar, porque el derecho a la vida, como lo ha establecido esta Corporación implica el reconocimiento de la dignidad humana, es decir, no se trata de la mera existencia, sino de una existencia digna, en la cual se garanticen las condiciones que le permitan al ser humano desarrollar en la medida de lo posible sus facultades. ”

Así las cosas, si a las personas que tienen aminoradas sus condiciones de salud no se les salvaguarda su estado bajo unas condiciones tolerables que permitan su subsistencia en forma digna, entonces se les vulneran sus derechos fundamentales, pues no basta que se asuma y se les brinde una prestación de manera simple, sino que debe estar encaminada a asegurar, en todo momento, la dignidad de la persona, razón por la cual, no es válido que una empresa prestadora del servicio de salud niegue la autorización y el acceso a un tratamiento, procedimiento, servicio, terapia o cualquier otra prestación requerida para, por lo menos, paliar los efectos de la enfermedad[14].

6. El servicio de transporte para el acceso efectivo al servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia

Inicialmente, el servicio de transporte de pacientes no se encontraba incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, en el régimen contributivo como tampoco del subsidiado. Al efecto, el parágrafo del artículo 2o de la Resolución 5261 de 1994 “por el cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud” señalaba, en forma expresa, que “(…)

cuando en el municipio de residencia del paciente no cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. 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 (...) “.

No obstante lo anterior, este Tribunal Constitucional advirtió que, si bien el transporte no podía ser considerado como una prestación de salud, existían ciertos casos en los que, debido a las difíciles y particulares circunstancias económicas a las que se veían expuestas algunas personas, el acceso efectivo a determinado servicio o tratamiento en salud dependía necesariamente del costo del traslado.

Las anteriores consideraciones, llevaron a que, en aplicación del principio de solidaridad social, los jueces de tutela ordenaran, de manera excepcional, a distintas entidades del sistema, el reconocimiento y pago del valor equivalente a los gastos de transporte aunque no estuviere incluido dentro del POS, siempre y cuando el paciente o sus familiares carecieran de los recursos económicos necesarios para tal efecto, con la posibilidad de luego repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud -FOSYGA.[15]

Más adelante, en virtud de la garantía de accesibilidad económica, elemento esencial del derecho a la salud[16], y ante el alto impacto que implica para muchas personas la imposibilidad de cancelar sus transportes y los de su acompañante para acudir a los tratamientos y servicios en salud, el Ministerio de Salud y Protección Social reconoció e incluyó tal prestación a través de las Resoluciones 5261 de 1994 y 5521 de 2013 las cuales definieron, aclararon y actualizaron los contenidos del POS para los regímenes subsidiado y contributivo.

En esa medida, se estableció que las EPS y EPS-S debían cubrir los gastos de desplazamientos generados por la remisión de un usuario a un lugar distinto de su residencia en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando se certifica debidamente la urgencia en la atención y (ii) entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, en los eventos en que, por falta de disponibilidad, no se pueda brindar la atención requerida por el paciente en su lugar de residencia.

De igual forma, es procedente el traslado de pacientes cuando su precario estado de salud lo amerite, es decir, cuando el concepto del médico tratante sea favorable para ello. Así mismo, se permite, si el médico lo prescribe, la movilización del paciente de atención domiciliaria.[17]

Ahora, el traslado de los pacientes ambulatorios, se cubre siempre que se necesite de un tratamiento incluido en el POS y no esté disponible en el lugar de residencia del afiliado, ese cargo será cubierto con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

Bajo ese entendido, se dispuso que el servicio de transporte y de traslado de pacientes hacen parte de los contenidos del POS, tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado, considerando que se trata de una prestación claramente exigible y de la cual depende, en algunos casos, el goce efectivo del derecho fundamental de la salud del paciente.

Es importante mencionar que, en virtud del artículo 125 de la Resolución 5521 de 2013, el servicio de transporte ambulatorio 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 dispersión.

La prima adicional es un valor que el Estado destina a los departamentos y regiones en los cuales por haber menor densidad poblacional se generan sobrecostos en la atención, entre otras razones, por el traslado de pacientes a centros urbanos que sí cuentan con la red prestadora especializada de alto nivel de complejidad.

En esa medida, el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución 4480 de 2012, fijó el valor de la UPC para el año 2013 y señaló que se le reconocería a los departamentos de Amazonas, Arauca, Casanare, Caquetá, Chocó, La Guajira, Guainía, Guaviare, Meta, Putumayo, Sucre, Vaupés, Vichada y la región del Urabá, excepto los municipios de Arauca, Florencia, Yopal, Riohacha, Sincelejo y Villavicencio.

En conclusión, por una parte, en las áreas a las que se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro. Por otra, en los lugares en los que no se reconozca éste concepto se pagarán por la unidad de pago por capitación básica. Las mismas reglas deberán aplicarse al alojamiento debido

a que su necesidad se configura en las mismas condiciones que el traslado.

De tal afirmación se infiere, que las zonas que no son objeto de prima por dispersión, cuentan con la totalidad de infraestructura y personal humano para la atención en salud integral que requiera todo usuario y por lo tanto no se debería necesitar de su traslado a otro lugar. No obstante, de ser necesario, se deberá afectar el rubro de la UPC general, pues es responsabilidad directa de la EPS garantizar la asistencia médica de sus afiliados.

En línea con los anteriores precedentes normativos, este Tribunal Constitucional ha sido enfático en sostener que resulta desproporcionado imponer cargas económicas de traslado a personas que no pueden acceder a un determinado servicio relacionado con la salud, por carecer de los recursos económicos. En efecto, “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 “[18]

A partir de ello, esta Corporación definió que cuando un paciente es remitido a una entidad de salud en un municipio distinto al de su residencia, es deber de la EPS sufragar los gastos de transporte que sean necesarios sin importar si dicha prestación fue ordenada por su médico tratante, en el entendido de que ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos para costear el gasto de traslado.

A la luz de lo expuesto, en sentencia T-760 de 2008[19] esta Corte afirmó que, “Si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en donde habita no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado “.

De conformidad con lo expuesto, se advierte que el transporte es un servicio cubierto por el POS que, pese a no contar con una naturaleza médica, constituye un medio para garantizar el acceso al tratamiento que requiera la persona.

En síntesis, el juez de tutela debe evaluar, en cada situación en concreto, la pertinencia, necesidad y urgencia del suministro de los gastos de traslado, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar y, en caso de ser procedente, recobrar a la entidad estatal los valores correspondientes.

Ahora bien, la sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual se realizó el estudio de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Salud, sostuvo, respecto de los servicios que, sin ser estrictamente de salud, son medios necesarios para atender situaciones relacionadas con tal derecho fundamental, tal como el servicio de transporte, lo siguiente:

“En lo concerniente al parágrafo del artículo 80, se tiene que define como tecnología o servicio de salud, lo ‘directamente relacionado’ con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Además, preceptúa que los servicios de carácter individual que ‘no estén directamente relacionados’ con el tratamiento, podrán ser financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías en salud, cuando no se tenga capacidad de pago.

Este enunciado legal implica una restricción al acceso efectivo al derecho. Reparos sobre el mismo se observan en varias intervenciones, en las cuales, se avisa que dicho precepto podría comprometer la prestación de servicios usualmente discutidos en sede de tutela, tal es el caso de los pañales, las prótesis, el financiamiento de transportes, etc....

No sobra anotar que si se proscribiese la condición del vínculo directo con el tratamiento para permitir el financiamiento y, consecuentemente, el acceso al servicio: continuarían las restricciones indefinidas en contravía de los mandatos constitucionales que garantizan efectivamente el derecho. Para la Corporación, el derecho fundamental a la salud tiene como punto de partida la inclusión de todos los servicios y tecnologías y que las limitaciones al derecho deben estar plenamente determinadas, de lo contrario, se hace nugatoria la realización efectiva del mismo. ” (Subrayas fuera del texto original)

Así, esta Corporación, ha sostenido que determinados servicios, que no se constituyen, específicamente, como prestaciones de salud, pueden constituirse como un obstáculo para salvaguardar el derecho fundamental aludido y, en ese caso, tal requerimiento debe ser garantizado por el sistema.

Atendiendo las circunstancias fácticas descritas y los elementos de juicio plasmados en esta parte considerativa, la Sala entrará a decidir el caso concreto.

7. Caso concreto

El actor cuenta con 50 años de edad y padece de “insuficiencia renal crónica estadio 5”, por lo que se le debe practicar tres veces a la semana el tratamiento de hemodiálisis, interpone la presente acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas por parte de la Nueva EPS, al no autorizarle el servicio de transporte desde su residencia ubicada en Guayabal de Síquima hasta el Hospital San Rafael en Facatativá, por considerar que dicho servicio está excluido del POS y sus circunstancias no se enmarcan dentro de las excepciones para autorizarlo.

Esta Sala observa que el actor pretende que se le ampare el derecho fundamental a la salud. Como se expuso en la parte motiva de este proveído, esta acción tuitiva es la procedente para realizar solicitudes relacionadas con el amparo de tal derecho. Así mismo, respecto del requisito de subsidiariedad, se evidencia que el accionante elevó ante la Nueva EPS la solicitud de autorización del transporte con ocasión de las terapias de hemodiálisis, sin embargo, su petición fue negada.

Ahora, respecto del requisito de inmediatez, se encuentra que, la petición elevada por el accionante se radicó el 27 de agosto de 2014 y fue respondida el 29 de agosto de 2014, mientras que la acción de tutela se interpuso el 6 de julio de 2015, es decir, 11 meses después de emitida la negación de la entidad accionada. En este sentido, esta acción constitucional podría estimarse improcedente pues, si bien no existe un tiempo determinado durante el cual de deba acudir a la jurisdicción constitucional, se ha sostenido que, en aras de mantener la naturaleza cautelar de la misma, “la petición de amparo debe ser interpuesta en un plazo razonable dentro del cual se presuma que la afectación del derecho fundamental es inminente y realmente produce un daño palpable. Lo anterior se sustenta en que si lo que se persigue con esta acción constitucional es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales frente a una vulneración o amenaza, es necesario que la petición sea presentada en el marco temporal de ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos “[20].

No obstante lo anterior, la Sala estudiará de fondo el asunto, dando por superado el

requisito de inmediatez, toda vez que el accionante padece una enfermedad considerada catastrófica que lo ubica en una situación de debilidad manifiesta, y, en consecuencia requiere con urgencia las terapias de diálisis. Lo anterior, además, bajo la consideración de que el perjuicio alegado ha permanecido vigente en el tiempo y con perspectiva de agravarse lo cual impone una valoración laxa en la verificación del mencionado presupuesto.

Sobre este particular, se puede empezar resaltando que el accionante reside en el municipio de Guayabal de Siquima, Cundinamarca, y, tres veces por semana, a saber, lunes, miércoles y viernes, debe asistir al Hospital San Rafael en Facatativá, Cundinamarca, a realizarse las diálisis necesarias para tratar el diagnóstico de insuficiencia renal crónica que lo aqueja. Cabe anotar que, entre una y otra municipalidad, hay aproximadamente 45 minutos de distancia.

Ahora, en la respuesta a las pretensiones elevadas por el accionante, la Nueva EPS, expuso que el señor Henry Oswaldo se encuentra afiliado al sistema de salud en calidad de cotizante principal, en categoría A, es decir, devenga menos de dos salarios mínimos. Así mismo, en un control mensual de hemodiálisis allegado al acervo probatorio del expediente, se evidencia “familia nuclear, buena red de apoyo (2 hijos) situación económica estable y esposa activa laboralmente “[21].

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado, “con soporte en distintos apartes constitucionales, dentro de los que se destacan, entre otros, los artículos I[22] y 95 numeral 2[23], de la Constitución Política, que existe un deber de solidaridad, el cual le es exigible a todas las personas que componen nuestra sociedad y les impone obrar de acuerdo con este, realizando acciones humanitarias ante (i) situaciones que pongan en peligro la vida del otro y (ii) frente a quienes afronten escenarios complejos que los expongan a un inminente peligro habida cuenta que, por sus particularidades, se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta y, por consiguiente, son considerados sujetos de especial protección constitucional. “[24]

Acerca de esta situación, esta Corporación ha sostenido que: “los primeros llamados a cumplir con el deber de solidaridad son los familiares del paciente, en atención a los lazos de afecto y socorro mutuo que se presumen existen al interior de la comunidad familiar. ”

[25]

En este caso particular, resalta esta Sala que, (i) dentro del líbello petitorio, el accionante no manifiesta la incapacidad de cubrir el costo del transporte, además, se evidencia que aún es una persona activa laboralmente, pues es el cotizante activo de su afiliación a salud, (ii) la distancia que debe recorrer para asistir a las terapias, no se erige como un obstáculo imposible de superar y, si bien es cierto que la enfermedad del accionante es considerada como catastrófica, no manifiesta ni se evidencia, de la historia clínica aportada, que necesite cuidados especiales para transportarse desde su residencia hasta el hospital donde se le realiza el procedimiento y, (iii) existe un deber de solidaridad que recae, en principio, en el núcleo familiar, el cual, se logra evidenciar dentro del expediente, tiene una situación económica estable.

Así las cosas, en la medida en que en el presente caso no se demostró la vulneración de los derechos fundamentales a la salud o a la vida digna del señor Henry Oswaldo Téllez Garay, la Corte confirmará el fallo de tutela proferido el 16 de julio de 2015 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Facatativá que negó el amparo tutelar impetrado.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR por las razones expuestas en el presente proveído, el fallo emitido el 16 de julio de 2015 por el Juzgado primero Promiscuo de Familia del Circuito de Facatativá, dentro de la acción de tutela promovida por Henry Oswaldo Téllez Garay contra la Nueva EPS.

SEGUNDO.- Por Secretaría LIBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Con aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-002/16

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA DE SALUD-Improcedencia de tutela por cuanto mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud es idóneo para la solución de controversias relacionadas con la prestación de servicios de salud (Aclaración de voto)

Esta Corporación se ha sostenido que el recurso de amparo no siempre es procedente, en razón a que existe otro mecanismo idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales del solicitante, esto es, el proceso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia de Salud. La procedencia de la acción de tutela en estos casos es de carácter excepcional cuando se advierta que el actor se encuentra ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues el Legislador previó el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud como el medio principal para solucionar los conflictos derivados de la negación de servicios excluidos del POS.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE

TUTELA-El análisis de la tutela debería haberse orientado hacia la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, en tanto no se cumplió con el requisito de subsidiariedad (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-5206130

Acción de tutela presentada por Henry Oswaldo Téllez contra Nueva EPS

Asunto: Denegación de servicios excluidos del POS.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a aclarar el voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Cuarta de Decisión de Tutelas, en sesión del 18 de enero de 2016.

Estoy de acuerdo con la decisión de la Sala en la medida en que considero que en el caso concreto no se demostró la vulneración de los derechos fundamentales a la salud o a la vida digna del actor, por cuanto quedó demostrado que su familia se encuentra en condiciones socio económicas adecuadas para asumir las erogaciones relacionadas con el transporte del accionante, en virtud del deber de solidaridad, en razón a que (i) se demostró que no hay pruebas que permitan inferir que no puede cubrir los costos de transporte; (ii) el accionante se encuentra afiliado como cotizante en el régimen contributivo, por lo que se evidencia que es una persona laboralmente activa, y (iii) en la historia clínica aportada no se evidencia que requiera cuidados especiales para trasladarse desde su residencia hasta el hospital.

No obstante, respecto de la procedencia de la acción de tutela en aquellos casos en que se advierta la denegación de servicios excluidos del POS, en reiterada jurisprudencia[26] de esta Corporación se ha sostenido que el recurso de amparo no siempre es procedente, en razón a que existe otro mecanismo idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales del solicitante, esto es, el proceso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia de Salud. En este sentido, la Sala de Quinta de Revisión ha dicho lo siguiente respecto del mencionado mecanismo:

“(…) el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con un mecanismo judicial, ordinario, informal y sumario que se ejerce ante la Superintendencia de Salud para la efectiva protección del derecho a la salud que, de acuerdo con esas características, es prevalente y principal. Sin embargo, tal como sucede con las demás acciones ordinarias, su eficacia para la protección de un derecho fundamental debe evaluarse en el caso concreto, en el que su insuficiencia o la necesidad de una protección inmediata del derecho pueden abrirle paso a la tutela de forma directa.”[27]

En consecuencia, la procedencia de la acción de tutela en estos casos es de carácter excepcional cuando se advierta que el actor se encuentra ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues el Legislador previó el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud como el medio principal para solucionar los conflictos derivados de la negación de servicios excluidos del POS.

Ahora, si bien en el caso objeto de estudio no se advirtió la vulneración de los derechos fundamentales del actor ni que estuviera ante la amenaza de un perjuicio irremediable, si se comprobó que hubo un conflicto relacionado con la prestación de servicios excluidos del POS. Por esta circunstancia se puede concluir que la acción de tutela no era el medio de defensa idóneo para ventilar dichos asuntos. En este orden de ideas, si bien estoy de acuerdo con la decisión de negar el amparo, considero que el análisis de ésta debería haberse orientado hacia la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, en tanto que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Folio 24.

[2] Artículo 124 Resolución 5521 de 2013.

[3] Folio 26.

[4]Decreto 2591 de 1991: “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el

artículo 86 de la Constitución Política “.

[6] Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

[7] Corte Constitucional, Sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[8] Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

[9] Corte Constitucional, Sentencia T-182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[10] Corte Constitucional, Sentencias T-165 del 17 de marzo de 2009 y T-050 del 2 de febrero de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

“M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[12] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[13] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[14] Ver las Sentencias T-949 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-202 de 2008, M.P. Nilson Elias Pinilla, T-899 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[15] Sobre el particular, se puede consultar las Sentencias T-1019 de 2007, T-760 de 2008, T-1212 de 2008, T-067 de 2009, T-082 de 2009, T-940 de 2009 y T-550 de 2009.

[16] De conformidad con la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, la accesibilidad económica es una de las cuatro dimensiones de la accesibilidad. La cual, por su parte, constituye uno de los elementos esenciales del derecho a la salud en conjunto con la disponibilidad, la aceptabilidad y la calidad.

[17] Artículo 124 de la Resolución 5521 de 2013.

8 Sentencia T-900 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

9 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T-290 de 2011 M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[21] Folio 5.

[22] Constitución Política de Colombia. Artículo 1º: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. ” (Subrayas propias).

[23] Constitución Política de Colombia. Capítulo 5: De los deberes y obligaciones. Artículo 95. “(...) Son deberes de la persona y del ciudadano. (...).2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;”.

[24] Corte Constitucional Sentencia T-024 de 2014 M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

[25] Corte Constitucional Sentencia T-024 de 2014 M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

[26] Ver sentencias C-119 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-825 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; T-914 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; T-603 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-633 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

[27] Sentencia T-603 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.