

Sentencia T-206/13

DERECHO A LA SALUD-Flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción de tutela cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional

Este tribunal ha advertido que el juicio de procedibilidad del amparo debe ser menos estricto cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional. Precisamente, ha señalado que “existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales”. Así las cosas, el fallador debe valorar las condiciones específicas del beneficiario del amparo, por cuanto la presencia de sujetos de especial protección constitucional como los niños y niñas, las personas que padecen alguna discapacidad, las mujeres embarazadas y los adultos mayores, entre otros, flexibiliza el examen general de procedibilidad de la acción, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional:

PRINCIPIO DE SUBSDIDIARIEDAD EN MATERIA DE SALUD-Mecanismo jurisdiccional que se ejerce ante la Superintendencia de Salud no ha sido reglamentado y por tanto, no es idóneo y eficaz para la defensa de los derechos de los usuarios

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como eficiencia, universalidad y solidaridad

La fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y la garantía de acceso a los servicios, entre otros. Con base en ello, está constitucionalmente prohibido, salvo las excepciones previstas en la sentencia C-800 de 2003, que una entidad abandone el tratamiento al que se somete a una persona, su evolución diagnóstica y la búsqueda de alternativas para confrontar la enfermedad.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS

El artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la

integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías. La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria.

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

El servicio de transporte se encuentra dentro del POS y en consecuencia debía ser asumido por la EPS en aquellos eventos en los que (i) Un paciente sea remitido en ambulancia por una IPS a otra, cuando la primera no cuente con el servicio requerido; (ii) Se necesite el traslado del paciente en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad de la EPS y según el criterio del médico tratante. (iii) Un paciente ambulatorio deba acceder a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia y necesite ser transportado en un medio diferente a la ambulancia. A partir de esta última situación, las subreglas jurisprudenciales en materia de gastos de transporte intermunicipal se circunscriben a los siguientes eventos: (i) El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente; (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.

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-

Reglas jurisprudenciales/CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Serán cubiertos por recursos de la prima adicional en lugares de dispersión geográfica y en los demás serán cubiertos por la UPC

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, por consiguiente no se debería necesitar trasladarlo a otro lugar donde le sean suministradas las prestaciones pertinentes. En tal contexto, de ocurrir la remisión del paciente otro municipio, esta deberá afectar el rubro de la UPC general, como quiera que se presume que en el domicilio del usuario existe la capacidad para atender a la persona, y en caso contrario es responsabilidad directa de la EPS velar por que se garantice la asistencia médica. Ello no puede afectar el acceso y goce efectivo del derecho a la salud, so pena de constituirse en una barrera de acceso, que ha sido proscrita por la jurisprudencia constitucional. En conclusión, por una parte, en las áreas a donde 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 este 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.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Interpretación y alcance constitucional sobre el hecho superado y el daño consumado

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE MENOR-Orden a EPSS sufrague gastos de transporte y alojamiento de menor y acompañante para tratamiento en otra ciudad

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS asuma gastos de transporte y alojamiento del afiliado y acompañante para tratamiento de diálisis en otra ciudad

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Orden a EPS autorizar cirugía plástica de pared abdominal con cargo a la UPC y deberá cubrir gastos de transporte y alojamiento del afiliado y acompañante

Referencia: T-3699975, T-3700935, T-3705404 y T-3707429 (Expedientes acumulados).

Acciones de tutela interpuestas por Kerly Medina Gutiérrez contra Comfamiliar Huila EPS-S, Hernán Motta Quintero contra Saludcoop EPS, Audiela Tumay Chavita contra Capresoca EPS-S, y María Mercedes Echavarría Echavarría contra Coosalud EPS y otro.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Neiva (T-3699975), el Juzgado Primero Penal Municipal de Pitalito – Huila – (T-3700935), el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal (T-3705404) y el Juzgado Promiscuo Municipal de Zaragoza –Antioquia – (T-3707429), dentro de los respectivos procesos de acción de tutela de la referencia.

Mediante auto del 29 de noviembre de 2012, la Sala de Selección número 11 de esta corporación decidió seleccionar los procesos de tutela de la referencia para su revisión ante la Corte, resolviendo acumularlos atendiendo a la igualdad de materia que los identifica para ser fallados en la misma sentencia.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-3699975. Caso: Kerly Medina Gutiérrez contra Comfamiliar Huila EPS-S.

1.1. Hechos

La señora Kerly Medina Gutiérrez promovió acción de tutela verbalmente el 26 de septiembre de 2012, donde relató que su hija Sarit Valentina Rojas Medina de 26 meses de edad padece la enfermedad denominada esclerodermia, cuyo tratamiento y control debe

hacerse por los médicos especialistas de reumatología y dermatología pediátrica en el Hospital de la Misericordia en Bogotá. En tal medida, debe desplazarse con la menor 2 o 3 veces por mes, desde Neiva hasta el Distrito Capital, lo cual genera altos costos que no están en condiciones de sufragar ni ella ni su esposo, que trabaja como taxista.

Manifestó que ha solicitado a la EPS y a la Secretaría de Salud Departamental que le colaboren con los costos del traslado y hospedaje en Bogotá.

Sin embargo, la EPS le respondió que el transporte no está incluido en el plan de beneficios del régimen subsidiado y, por ende, no le corresponde asumirlo a ella, sino a la entidad territorial.

En ese sentido, solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud e igualdad de su menor hija, ordenando a la EPS-S Comfamiliar Huila que le suministre los medicamentos No POS y los viáticos que se requieran para la atención de la niña.

1.2. Contestación de la entidad demandada

Comfamiliar Huila EPS-S se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela instaurada en su contra, con base en que los gastos de transporte y hospedaje están explícitamente excluidos del plan obligatorio de salud, por tanto, no está legal ni reglamentariamente obligada a asumir dicha prestación.

Además, señaló que el Acuerdo 029 de 2012 incluyó el transporte solo para pacientes remitidos entre IPS y que el traslado en ambulancia es exclusivo para personas con urgencia manifiesta. Además, que al departamento del Huila no se le entrega prima adicional de la UPC, entonces se entiende taxativamente excluido el servicio solicitado. Finalmente, solicitó la vinculación de la Secretaría de Salud del Huila, por ser la entidad competente para costear los requerimientos de la actora.

1.3. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Neiva, mediante sentencia única de instancia del 8 de octubre de 2012, decidió declarar la improcedencia de la acción, en razón a que la accionante contaba con la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, orientada a resolver las

controversias entre afiliados y EPS. Afirmó que ese medio de defensa judicial era idóneo y eficaz.

Sobre el particular, el fallador concluyó:

“En estas condiciones, y como quiera que nuestro ordenamiento jurídico contempla un instrumento de defensa judicial, idóneo y eficaz, distinto a la acción de tutela, para dirimir de manera expedita y efectiva, conflictos como el planteado por la señora Kerly Medina Gutiérrez y relacionado con la negativa de la EPS para suministrar los viáticos que corresponda por el desplazamiento junto con su hija a la ciudad de Bogotá D.C. para asistir a valoraciones con médicos especialistas en reumatología y dermatología pediátrica, así como el suministro de los medicamentos NO POS, bien puede afirmarse que la tutelante debe acudir al mencionado mecanismo legal previsto en la Ley 1438 de 2011 y no a la solicitud de amparo constitucional, pues como ya se ha dicho, el instrumento judicial legalmente contemplado, es preferente y sumario, y lo suficientemente expedito en el tiempo como para atender de manera efectiva el asunto sub-examine, máxime cuando se tiene facilidad para acceder y utilizar el mismo, pues se cuenta con página web y línea gratuita, por lo que en ese orden de ideas, este Despacho advierte la improcedencia de la acción de tutela incoada, dado su carácter residual y subsidiario.”

1.4. Actuación en sede de revisión

1.4.1. Mediante providencia del 26 de febrero de 2013, esta Sala de Revisión ordenó la vinculación de la Secretaría de Salud Departamental del Huila, puesto que podría verse afectada con lo que finalmente se decida en este proceso. Adicionalmente, se libró despacho comisorio para que el juez de instancia recibiera la ampliación de la versión de la accionante.

De igual forma, se decretó como medida provisional, que la EPS accionada adelantara los trámites tendientes para asegurar que la niña Sarit Valentina Rojas Medina pueda comparecer a sus controles médicos en la ciudad de Bogotá, asumiendo los costos de transporte y hospedaje.

1.4.2. El 7 de marzo de 2013, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Neiva, remitió ampliación de la versión de la accionante

Kerly Medina Gutiérrez, actuando en representación de su hija Sarit Valentina. Esta manifestó que la única solicitud que le fue negada por parte de la EPS fue la relacionada con el cubrimiento del transporte, cuyos soportes fueron anexados al escrito de tutela. En cuanto a autorizaciones de medicamentos, procedimientos y/o tratamientos expresó que no ha tenido inconvenientes debido a que han sido aprobados y suministrados.

En ese orden de ideas, el Plan Obligatorio de Salud cubre el traslado en un medio diferente a ambulancias, exclusivamente, a pacientes no hospitalizados cuando requieren servicios incluidos en el POS que no se preste en el municipio de su residencia, siempre y cuando corresponda a una zona geográfica para la cual se fije una UPC adicional.

Finalmente, solicitó que se condene a la EPS a cumplir con las obligaciones de acompañamiento y prestación de los servicios de salud que requiere la usuaria, estén incluidos o no incluidos en el catálogo de beneficios, bajo el entendido que en este último caso deberán ser recobrados ante el Fosyga. En relación con la medida provisional dispuesta por esta corporación no se realizó ningún pronunciamiento.

1.5. Pruebas

- Folios 5 a 7 del cuaderno de instancia, copia del derecho de petición radicado el 27 de agosto de 2012 en Comfamiliar del Huila, donde se solicita el suministro de los medicamentos y los viáticos correspondientes.
- Folios 8 a 11 del cuaderno de instancia, copia de la respuesta de Comfamiliar del Huila de 11 de septiembre de 2012 al derecho de petición donde niega el suministro del servicio de transporte solicitado.
- Folio 12 del cuaderno de instancia, respuesta de la Secretaría de Salud de la Gobernación del Huila a la solicitud de viáticos y transporte, del 12 de junio de 2012.
- Folio 13 del cuaderno de instancia, copia del certificado de afiliación a la EPS de 21 de septiembre de 2012.
- Folios 14 y 15 del cuaderno de instancia, copia de la autorización de servicios médicos y/o suministros del 27 de agosto de 2012 y 13 de septiembre del mismo año, respectivamente.

- Folios 16 y 17 del cuaderno de instancia, copia de la orden de servicio del Hospital de la Misericordia del 3 de septiembre de 2012 donde se diagnostica colitis y gastroenteritis no infecciosas, no especificadas.
- Folios 18 a 23 del cuaderno de instancia, copia de la historia clínica de Sarit Valentina Rojas Medina expedida por el Hospital de La Misericordia el 26 de julio de 2012.
- Folios 24 y 25 del cuaderno de instancia, copia de la consulta de afiliados de la base de datos única del Fosyga de 20 de septiembre de 2012.
- Folio 26 del cuaderno de instancia, orden de consulta del Hospital de La Misericordia de 3 de septiembre de 2012.
- Folios 27 a 29 del cuaderno de instancia, copia de la historia clínica de Sarit Valentina Rojas Medina expedida por el Hospital de La Misericordia el 3 de septiembre de 2012.
- Folio 30 del cuaderno de instancia, copia de la orden de servicio del Hospital de la Misericordia del 3 de septiembre de 2012.
- Folio 31 del cuaderno de instancia, copia del consentimiento informado para intervenciones quirúrgicas y procedimientos especiales del Hospital de La Misericordia, con fecha 3 de septiembre de 2012.
- Folio 32 del cuaderno de instancia, orden de servicio del Hospital de La Misericordia del 26 de julio de 2012.
- Folio 33 del cuaderno de instancia, orden de consulta del Hospital de La Misericordia del 26 de julio de 2012.
- Folio 34 del cuaderno de instancia, copia del informe anatomo-patológico suscrito por el Dr. Joaquín Carrera Mejía del 20 de febrero de 2012.
- Folio 35 del cuaderno de instancia, copia del carné de afiliación de Sarit Valentina Rojas Medina a la EPS Comfamiliar del Huila.
- Folio 36 del cuaderno de instancia, copia del registro civil de nacimiento de Sarit

Valentina Rojas Medina.

- Folio 37 del cuaderno de instancia, copia de la cédula de ciudadanía de Kerly Medina Gutiérrez.

2. Expediente T-3700935. Caso: Hernán Motta Quintero contra Saludcoop EPS.

2.1. Hechos

El señor Hernán Motta Quintero presentó acción de tutela contra Saludcoop EPS el 6 de septiembre de 2012, como quiera que padece de enfermedad renal crónica e hipertensión, cuyo tratamiento requiere su desplazamiento desde Pitalito a Neiva, 2 veces por semana para que le adelanten el procedimiento de diálisis.

Afirma que no cuenta con los recursos suficientes para costear esos viajes. Por tal razón, ha solicitado a la EPS que le practique dicha terapia en una IPS del lugar de su domicilio. La entidad accionada le ha manifestado que no tiene convenio con la IPS referida en Pitalito, y que en todo caso, si está inconforme puede hacer uso del derecho de libre escogencia de EPS.

De conformidad con lo anterior, el actor solicitó se tutelaran sus derechos a la vida, a la salud, a la vida en condiciones dignas y justas, ordenando a Saludcoop que autorice la realización del procedimiento en la IPS de Pitalito, o en su defecto, se cubran los viáticos y hospedaje para él y su acompañante.

2.2. Contestación de la entidad demandada:

Saludcoop EPS expresó que todos los servicios requeridos por el accionante le han sido suministrados. Adicionalmente, expuso que existen razones científicas para no autorizar la prestación en el municipio de Pitalito, puesto que la IPS indicada por el actor, no cuenta con servicios básicos que éste necesita al momento de la realización de la diálisis, es decir, atención en una IPS de I nivel. Por consiguiente, se pondría en riesgo su vida e incluso, podría morir.

2.3. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado 1º Penal Municipal de Pitalito, mediante sentencia única de instancia del 20 de septiembre de 2012, decidió negar el amparo de los derechos invocados, con fundamento en que no existió vulneración alguna por parte de la EPS demandada, que ha velado porque los servicios prestados al actor sean de calidad y en las IPS capacitadas para ello. Al respecto, en la sentencia de tutela se consideró:

“Que respecto a la solicitud formulada por el accionante, respecto a que se ordene prestarle los SERVICIOS médicos en la Clínica NEFROUROS de Pitalito, ello no es posible, porque la misma no está dentro de su red de servicios, por cuanto dicha clínica no cuenta con los medios técnicos para que puedan prestarle los servicios médico (sic) de NEFROLOGÍA Y DIÁLISIS RENAL requeridos por el accionante MOTTA QUINTERO, como por ejemplo SALAS DE PROCEDIMIENTO Y RECUPERACIÓN, BANCO DE SANGRE, y que de ordenarse dicho tratamiento en la citada Clínica NEFROUROS en Pitalito, se pondría en riesgo su vida, pues podría fallecer, lo cual respalda con certificación del médico internista Doctor LUIS HERNESTO BARRAGÁN, quien afirma que por todas (sic) las problemas de salud que presenta el accionante, debe continuar recibiendo su terapia dialítica en la ciudad de Neiva, cerca de centros hospitalarios de alto nivel, que permitan atender sus múltiples complicaciones.

Así las cosas, teniendo en cuenta los argumentos y pruebas presentadas por la accionada, no siendo posible que en la Clínica NEFROUROS de esta ciudad, se le continúe (sic) realizando el tratamiento para sus problemas de salud, que requiere el accionante, y que la accionada SALUDCOOP E.P.S., no ha vulnerado ningún derecho fundamental al accionante, toda vez que en la CLÍNICA MEDILASER de la ciudad de Neiva, se le viene practicando normalmente el tratamiento requerido por el señor MOTTA QUINTERO, esta acción le será despachada desfavorablemente, por su improcedencia.”

2.4. Actuación en sede de revisión

En auto del 26 de febrero de 2013, esta Sala de Revisión ordenó como medida provisional, que la EPS accionada adelantara los trámites tendientes para asegurar que el señor Hernán Motta Quintero pueda comparecer a los procedimientos médicos de diálisis en la ciudad de Neiva, asumiendo los costos de transporte y hospedaje. Hasta el momento no se ha recibido en este tribunal respuesta alguna en relación con esta determinación.

2.5. Pruebas

- Folio 4 del cuaderno de instancia, copia de la cédula de ciudadanía de Hernán Motta Quintero.
- Folio 7 del cuaderno de instancia, copia de certificado médico de Hernán Motta Quintero, expedido el 8 de mayo de 2012.
- Folio 8 al 12 del cuaderno de instancia, copia de la historia de urgencias de las clínicas Pitalito y Neiva del 10 de diciembre de 2007.
- Folio 13 del cuaderno de instancia, copia de la historia de urgencias de la clínica Pitalito del 2 de marzo de 2010.
- Folios 14 y 15 del cuaderno de instancia, copia de la historia de urgencias de la clínica Neiva del 5 de marzo de 2010.
- Folios 16 y 17 del cuaderno de instancia, copia de la historia de urgencias de la clínica Pitalito del 21 de marzo de 2010.
- Folios 18 y 19 del cuaderno de instancia, copia de la historia de urgencias de la clínica Neiva del 30 de abril de 2010.
- Folios 20 y 21 del cuaderno de instancia, copia de la historia de urgencias de la clínica Pitalito del 4 de marzo de 2011.
- Folios 22 y 23 del cuaderno de instancia, copia de la historia de urgencias de la clínica Pitalito del 19 de junio de 2011.
- Folios 24 y 25 del cuaderno de instancia, copia de evolución histórica consulta externa de la IPS Pitalito del 4 de diciembre de 2007.
- Folios 26 y 27 del cuaderno de instancia, copia de evolución histórica consulta externa de la IPS Pitalito del 6 de diciembre de 2007.
- Folio 28 del cuaderno de instancia, copia de evolución histórica consulta externa de la IPS Pitalito del 10 de marzo de 2008.

- Folio 29 del cuaderno de instancia, copia de evolución histórica consulta externa de la IPS Pitalito del 18 de julio de 2009.
- Folio 30 del cuaderno de instancia, copia de evolución histórica consulta externa de la IPS Pitalito del 26 de febrero de 2010.
- Folio 31 a 33 del cuaderno de instancia, copia de evolución histórica consulta externa de la IPS Pitalito del 8 de febrero de 2012.
- Folio 34 del cuaderno de instancia, copia de evolución histórica consulta externa de la IPS Los Robles del 19 de junio de 2012.
- Folios 35 y 36 del cuaderno de instancia, copia derecho de petición de Hernán Motta Quintero a Saludcoop EPS con fecha de radicación 1 de noviembre de 2011.
- Folio 37 del cuaderno de instancia, copia respuesta derecho de petición del 14 de marzo de 2012 donde Saludcoop EPS manifiesta que no es posible prestar los servicios solicitados.

3. Expediente T-3705404. Caso: Audiela Tumay Chavita contra Capresoca EPS-S.

3.1. Hechos

La señora Audiela Tumay Chavita interpuso demanda de tutela contra Capresoca EPS-S el 13 de septiembre de 2012, al estimar trasgredidos sus derechos fundamentales a la vida, al debido proceso y a la seguridad social.

Adujo que es víctima del desplazamiento forzado del departamento de Casanare. Indicó que en el año 2010 fue operada de un quiste en los ovarios, apendicitis aguda y peritonitis. Por tal razón, fue remitida a Villavicencio al tener el abdomen abierto y le han practicado 8 intervenciones quirúrgicas.

Comentó que fue enviada a Villavicencio por la médico cirujana del Hospital de Yopal, debido a que su situación era muy delicada y debía atenderse en una IPS de mayor nivel de complejidad, para que le realicen cirugía de cierre de colostomía y cirugía plástica de pared abdominal. Señaló que las ha solicitado varias veces a la EPS, sin recibir respuesta

positiva.

3.2. Actuación en el juzgado único de instancia

El Juzgado 3º Penal del Circuito de Yopal, mediante auto del 13 de septiembre accedió a la medida provisional invocada y en efecto, ordenó a la EPS adelantar las gestiones para practicar los procedimientos en la ciudad de Villavicencio.

Ese despacho judicial recepcionó declaración de la accionante el 19 de septiembre de 2012[1], quien expresó que el día anterior se habían comunicado con ella para informarle de la cita en Bogotá y que debía viajar inmediatamente. Asimismo, indicó que no tiene familiares en el Distrito Capital, ni hospedaje para su acompañante y que es demasiado distante de Yopal.

3.3. Contestación de la entidad demandada

La EPS-S Capresoca solicitó se declare la improcedencia de las peticiones de la accionante, teniendo en cuenta que no tiene contrato con ninguna IPS en el departamento del Meta, aunado a que la remisión de la paciente es ambulatoria y no hospitalaria. Expuso que la cirugía de pared abdominal es estética y en esa medida, está excluida del catálogo de beneficios.

En relación con el transporte, indicó que no recibe prima adicional de la UPC, razón por la que no puede costear ese servicio, debiéndose aplicar el principio de la solidaridad familiar.

Se opuso a la medida provisional, toda vez que se le garantizó la atención a la accionante mediante autorización del 14 de septiembre de 2012, con una consulta por cirugía general para el caso de la colostomía, el 20 de septiembre del mismo año en el Hospital Santa Clara de Bogotá.

3.4. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado 3º Penal del Circuito de Yopal, en sentencia de única instancia del 27 de septiembre de 2012, negó la solicitud de amparo de la actora, como consecuencia de la inexistencia de vulneración alguna por parte de la EPS. Resaltó que la autorización de la

cita médica para la valoración de la colostomía en Bogotá y no en Villavicencio, no constituye ninguna transgresión, como se lee:

“Basándonos en la historia clínica aportada requiere de intervenciones quirúrgicas de colostomía y plastia de pared abdominal, ante lo cual la EPS le autorizó la colostomía consiguiéndole la cita médica con el especialista en la ciudad de Bogotá, en la clínica Santa Clara, razón por la cual es claro para este togado que la accionada entidad no trasgredió derechos fundamentales.”

En torno a la cirugía de pared abdominal, adujo que no está en el POS, por tanto la entidad accionada no está obligada a asumir su cobertura. Específicamente el fallador adujo:

“Ahora bien, en cuanto a la autorización de la cirugía plástica en pared abdominal, está claro para este togado que no se encuentra dentro del POS, razón por la cual, la EPS no está obligada a asumir su cobertura, no obstante, una vez practicada la colostomía se deberá realizar un análisis por parte de medicina especializada con el objeto de determinar si la realización de esta cirugía plástica corresponde a cirugía estética o funcional.”

Por último, advirtió que no accedería a ordenar los gastos de transporte, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en que la accionante no demostró ni expresó la carencia de recursos económicos para sufragar esos costos, en los siguientes términos:

“Finalmente, encuentra este despacho que no es posible ordenar a la entidad accionada el pago de la logística necesaria (transporte, alimentación y hospedaje) para el acompañamiento de un acudiente a la ciudad donde la entidad tenga convenio para la realización de la cirugía.

En suma la accionante no demostró y ni siquiera manifestó no contar con los recursos económicos suficientes para cubrir sus gastos de transporte y los demás gastos que se ocasionen para el posible acudiente, razón por la cual tampoco se puede acceder a esta petición.”

3.5. Actuación en sede de revisión

3.5.1. En proveído del 26 de febrero de 2013, esta Sala de Revisión ordenó la vinculación de la Secretaría de Salud Departamental de Casanare, puesto que podría verse afectada con lo

que finalmente se decida en este proceso. Además, se libró despacho comisorio para que el juez de instancia recibiera la ampliación de la versión de la accionante.

En igual sentido, se decretó como medida provisional, que la EPS accionada adelantara los trámites tendientes para asegurar que la señora Audiela Tumay Chavita le sean autorizadas las intervenciones quirúrgicas de cierre de colostomía y plastia de pared abdominal, y puedan realizarse en el menor tiempo posible en la ciudad que determine la EPS, asumiendo los costos de transporte y hospedaje.

3.5.2. El 8 de marzo de 2013, Capresoca EPS adujo que según la epicrisis del servicio de cirugía general y tórax del Hospital de Santa Clara E.S.E., la señora Audiela Tumay, ingresó a dicha institución prestadora de servicios de salud para la práctica del procedimiento quirúrgico de cierre de colostomía, el día 5 de diciembre de 2012 y egresó de la IPS el día 9 de diciembre de 2012. Adicionalmente, se le entregaron las órdenes médicas para control por consulta externa por la especialidad de cirugía general en 6 meses.

En ese orden de ideas, la EPS manifestó que ha garantizado la atención que ha requerido la accionante; respecto de la orden de asumir provisionalmente los costos de transporte, señaló estar cumpliendo bajo la figura administrativa de reembolso; en relación con el alojamiento, cuenta con un convenio con un albergue para el momento en que se requiera.

3.5.3. La Secretaría de Salud Departamental de Casanare el 12 de marzo de 2013, afirmó que la EPS Capresoca como entidad responsable respecto de la cirugía de cierre de colostomía, no ha querido autorizarla bajo el argumento de que está excluida expresamente del POS según el artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011.

Además refirió que la jurisprudencia constitucional ha señalado las implicaciones en la salud mental y dignidad de los pacientes que requieren una cirugía plástica, no como un proceso de embellecimiento, sino como un proceso reconstructivo de salud. En virtud de lo anterior, la entidad territorial indicó que la responsabilidad de los servicios y procedimientos requeridos por la señora Audiela Tumay Chavita deben ser asumidos por Capresoca EPS, puesto que no existe la exclusión del servicio requerido.

3.6. Pruebas

- Folios 4 y 5 del cuaderno de instancia, copia de formulación de consulta externa expedida por la clínica del Casanare.
- Folio 6 del cuaderno de instancia, copia de la cédula de ciudadanía y copia de carné de afiliación de la accionante.
- Folio 7 del cuaderno de instancia, copia de historia clínica de la accionante.
- Folio 8 del cuaderno de instancia, copia de solicitud de remisión de pacientes.
- Folio 10 del cuaderno de instancia, copia de respuesta a derecho de petición de división del núcleo familiar de la actora en el registro único de población desplazada.
- Folio 11 del cuaderno de instancia, fotografías de la accionante.
- Folio 25 del cuaderno de instancia, copia de autorización de servicios médicos asistenciales, colostomía, para la señora Audiela Tumay.
- Folio 9 del cuaderno de revisión, copia de comunicación interna de Capresoca EPS-S que informa sobre el cumplimiento del fallo de tutela.
- Folio 10 del cuaderno de revisión, copia de la epicrisis de cirugía general y tórax expedido por el Hospital Santa Clara.
- Folio 10 del cuaderno de revisión, copia de la orden médica el 14 de diciembre de 2012 a la usuaria, para control en 6 meses por cirugía general.
- Folios 12 a 15 del cuaderno de revisión, copia de las órdenes médicas posoperatorias.

4. Expediente T-3707429. Caso: María Mercedes Echavarría Echavarría contra Coosalud EPS-S y la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

4.1. Hechos

La señora María Mercedes Echavarría Echavarría inició acción de tutela contra Coosalud EPS-S y la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, el 30 de agosto de 2012.

Señaló que sufre insuficiencia renal crónica, hipertensión y que una de sus piernas fue amputada por diabetes. Manifestó que la EPS le ha cumplido con los medicamentos requeridos y con la autorización del procedimiento de hemodiálisis que debe practicarse día de por medio durante 4 horas, en la ciudad de Montería.

Afirmó que el desplazamiento desde el lugar donde reside -Zaragoza Antioquia- hasta Montería, tiene costos que no puede pagar, puesto que no puede trabajar por sus enfermedades y la interrupción de ese tratamiento puede poner en riesgo su vida.

En esa medida, solicitó el amparo constitucional de sus derechos a la salud, vida digna y libertad de locomoción, ordenando a las entidades accionadas que asuman todos los gastos de transporte, debido a que es su responsabilidad dentro de la atención en salud.

4.2. Contestación de las entidades demandadas

4.2.1. Coosalud EPS-S indicó que si una persona no puede acceder a un servicio expresamente excluido, se activa el principio de solidaridad familiar, para que sus parientes cercanos cancelen los valores correspondientes.

Aseveró que la accionante nunca informó sobre la falta de recursos para trasladarse, ni que haya dejado de asistir a las citas.

Arguyó que la Dirección Seccional de Salud es la competente para garantizar los servicios excluidos del POS-S.

4.2.2. La Dirección Seccional de Salud de Antioquia afirmó que la competencia de las prestaciones requeridas por la actora, radica en la EPS, luego que el ente territorial solo funge como administrador de los recursos asignados en virtud de la Ley 715 de 2001. En tal medida, no puede malgastar los rubros en asignaciones diferentes como viáticos, transporte y demás erogaciones que impliquen el desplazamiento, en tanto se le estaría restando oportunidades para otro afiliado que sí requiera un servicio de salud.

4.3. Actuación en el juzgado único de instancia

El Juzgado Promiscuo Municipal de Zaragoza, Antioquia, recepcionó declaración a la hija de la accionante el 3 de septiembre de 2012, quien manifestó que su mamá se encontraba en

la ciudad de Montería practicándose la hemodiálisis. De igual forma, adujo que la señora Echavarría requiere la ayuda de alguien para poderse desplazar en todo momento, y que está dedicada exclusivamente al tratamiento médico que debe hacerse día de por medio.

Expresó que su progenitora no tiene pensión, ni ningún ingreso adicional, recibe colaboración económica de sus hijos esporádicamente, cuando tienen “un pesito de mas (sic)”. Informó que han adquirido muchas deudas para poder cubrir los costos del traslado, el hospedaje, a veces el hogar de paso donde se queda y la comida.

4.4. Decisión objeto de revisión

El Juzgado Promiscuo Municipal de Zaragoza, Antioquia, profirió sentencia única de instancia el 7 de septiembre de 2012, en la que negó la protección constitucional invocada por la actora, puesto que está probado que la EPS ha suministrado todos los servicios que aquella ha requerido, incluso se le practica la hemodiálisis desde 2008. Adicionalmente, bajo el fundamento que no se acreditó que se hubiere solicitado a la EPS la prestación del servicio de transporte o su equivalente en dinero con anterioridad al escrito de tutela, como se lee:

“Así las cosas, era preciso que la accionante acreditara con la presentación de la acción de tutela que había elevado la solicitud de gastos de transporte para ella y su acompañante, de manera tal que se hubiere obtenido una respuesta de la E.P.S. COOSALUD que necesariamente constituiría el fundamento de la acción, en caso de haber sido negativa, pues es claro, que NO SE PUEDE PRESUMIR LA NEGACIÓN DE UN SERVICIO CUANDO NO SE HA RECURRIDO A ELLA PREVIAMENTE CON LA SOLICITUD PERTINENTE.

Es propicio señalar, que el hecho de que en ésta sentencia se despache desfavorablemente las pretensiones de la accionante, no es óbice para que una vez saneado el requisito de procedibilidad señalado, la E.P.S. estudie la petición, que si ella considera puede evaluar, y de acuerdo a su respuesta en caso de ser negativa u omisiva pueda nuevamente la citada señora intentar por la vía Constitucional la protección de sus derechos fundamentales amenazados o vulnerados sin desconocer la Jurisprudencia Nacional.” (Subrayas originales)

4.5. Actuación en sede de revisión

A través de auto del 26 de febrero de 2013, esta Sala de Revisión ordenó la medida provisional pertinente para que Coosalud EPS-S adelantara los trámites tendientes para asegurar que la señora María Mercedes Echavarría Echavarría pueda comparecer a los procedimientos médicos de hemodiálisis en la ciudad de Montería, asumiendo los costos derivados del transporte y alojamiento para ella y su acompañante. Hasta el momento no se ha recibido informe de cumplimiento de la providencia en mención.

4.6. Pruebas

- Folio 6 del cuaderno de instancia, copia constancia expedida por la Flota Nordeste S.A. Sede Zaragoza Antioquia el 30 de agosto de 2012.
- Folio 8 del cuaderno de instancia, copia fórmula médica Fresenius Medical Care del 23 de agosto de 2012, firmada por el Dr. Efraín Puche Martínez.
- Folio 9 del cuaderno de instancia, copia carta de Fresenius Medical Care a la señora María Mercedes Echavarría Echavarría, manifestándole su preocupación por la no asistencia a las sesiones de diálisis, con fecha 1º de febrero de 2012.
- Folio 10 del cuaderno de instancia, copia del carné de afiliación de María Mercedes Echavarría Echavarría, a la EPS Coosalud.
- Folios 11 a 15 del cuaderno de instancia, acción de tutela promovida por María Mercedes Echavarría Echavarría, contra EPS Coosalud, con fecha de recibido 30 de agosto de 2012.
- Folios 25 a 28 del cuaderno de instancia, respuesta de Coosalud E.P.S. a la acción de tutela interpuesta, del 31 de agosto de 2012.
- Folios 33 a 35 del cuaderno de instancia, declaración juramentada de Yadira Yorley Restrepo Echavarría, hija mayor de la señora María Mercedes Echavarría Echavarría, del 3 de septiembre de 2012.
- Folios 36 y 37 del cuaderno de instancia, respuesta de la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de la Gobernación de Antioquia a la acción de tutela, con fecha de recibido 5 de septiembre de 2012.

- Folios 38 a 41 del cuaderno de instancia, certificado catastral de la Secretaría de Hacienda y Tesorería del municipio de Zaragoza, Antioquia, a nombre de la señora María Mercedes Echavarría Echavarría, con fecha de radicado 4 de septiembre de 2012.
- Folio 42 del cuaderno de instancia, certificado del Banco Agrario de Colombia, oficina Zaragoza, Antioquia, donde consta la existencia de una cuenta de ahorros a nombre de la señora María Mercedes Echavarría Echavarría, del 6 de septiembre de 2012.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las presentes decisiones de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Problema Jurídico

Conforme lo expuesto, la Sala encuentra necesario abordar los siguientes problemas jurídicos:

¿Una entidad promotora de salud que autoriza las prestaciones requeridas para atender el diagnóstico de un paciente, en un municipio distinto a su domicilio, vulnera los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de esa persona - menor o mayor de edad -, al no suministrarle los gastos de transporte y alojamiento necesarios para que pueda desplazarse hasta allí y así acceder a los servicios que requiere?

¿Una entidad promotora de salud vulnera los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de una persona, al no autorizar ni suministrar una prestación incluida en el plan de beneficios, que fue formulada por su médico tratante y requiere con necesidad?

Para resolver los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: i. flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción en materia de derecho a la salud; ii. la fundamentalidad del derecho a la salud y los principios que la inspiran; iii. el derecho a la salud de los niños y las niñas; iv. la cobertura de transporte y alojamiento en virtud del principio de integralidad en salud; v. el financiamiento de los gastos de traslados y

hospedaje para el paciente y su acompañante; vi. carencia actual de objeto por hecho superado; y vii. se resolverán las solicitudes de protección de derechos planteadas en los casos concretos.

3. Flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción en materia de derecho a la salud.

3.1. La acción de tutela fue consagrada en la Constitución con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales de las personas cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o por particulares para los casos que ha establecido la ley[2]. No obstante, la solicitud de amparo no sustituye los medios ordinarios de defensa ante los jueces o autoridades administrativas por lo que goza de un carácter subsidiario y residual.

De este modo, la Corte ha señalado que dos de las características esenciales de dicha figura son la inmediatez y la subsidiariedad. La primera de ellas en tanto “que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza”[3].

La segunda debido a que “sólo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable”[4].

3.2. En cuanto a la inmediatez, esta corporación ha indicado que la petición de amparo “debe ejercerse dentro de un término oportuno, justo y razonable, circunstancia que deberá ser calificada por el juez constitucional de acuerdo con los elementos que configuran cada caso”[5]. En este sentido, ha explicado que con tal exigencia “se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica”.

La Corte ha considerado que la oportunidad en la presentación de la acción de tutela tiene una relación directa con el objetivo que la Constitución le atribuye de brindar una protección célere. De este modo, cuando ella no sea posible debido a la inactividad injustificada del

interesado, se cierra la vía excepcional del amparo constitucional y el accionante debe acudir a las instancias ordinarias, con algunas salvedades[6].

3.3. En lo que se refiere a la subsidiariedad, este tribunal ha señalado que “la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”[7].

Así las cosas, es necesario resaltar que la existencia de otro medio judicial no hace de por sí improcedente la intervención del juez de tutela ya que se deben observar dos condiciones especiales[8]: i. los mecanismos alternos con que cuenta el interesado deben ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso; y ii. a pesar de la existencia de otras vías de defensa resultará procedente el amparo constitucional cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[9].

3.4. En este punto, se destaca que este tribunal ha advertido que el juicio de procedibilidad del amparo debe ser menos estricto cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional. Precisamente, ha señalado que “existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales[10]”[11].

Así las cosas, el fallador debe valorar las condiciones específicas del beneficiario del amparo, por cuanto la presencia de sujetos de especial protección constitucional como los niños y niñas, las personas que padecen alguna discapacidad, las mujeres embarazadas y

los adultos mayores, entre otros, flexibiliza el examen general de procedibilidad de la acción, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional:

“Esta Corte ha manifestado que si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de hacer valer el carácter subsidiario de la acción de tutela, existen situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.[12] ” [13]

De esta forma, se reitera que el juez debe determinar, a partir de un análisis detallado de las circunstancias específicas del accionante, si la acción debe ser utilizada como mecanismo definitivo o transitorio. Además, deberá verificar si el medio ordinario de defensa resulta eficaz e idóneo o si se requiere una decisión para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

4. La fundamentalidad del derecho a la salud y los principios que la inspiran. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. La Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social[14] y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado[15]. Este tribunal ha desarrollado paulatinamente el derecho a la salud y a través de la jurisprudencia se ha dedicado a determinar las pautas de su aplicación, alcance y defensa, tal como se explicará sucintamente a continuación.

En un primer momento, se justificó la procedibilidad de la tutela en virtud de la conexidad con los derechos fundamentales contemplados en el texto constitucional[16]. Al mismo tiempo, la protección autónoma de la salud se concedía solamente cuando el accionante era menor de edad, en concordancia con lo prescrito en el artículo 44 superior y, en general,

cuando el titular del derecho era un sujeto de especial protección[17].

4.2. Sin embargo, la Corte modificó su jurisprudencia al postular que el derecho a la salud, por su relación y conexión directa con la dignidad humana, es instrumento para la materialización del Estado social de derecho y por tanto, ostenta la categoría de fundamental. Dicha posición fue adoptada a partir de la Sentencia T-859 de 2003[18], en la cual esta corporación consideró:

“Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos.

La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.”

Adicionalmente este tribunal ha precisado que la protección del derecho mediante la acción de tutela se limita “argumentando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera.”[19]

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que si se cumplen los requisitos establecidos en la regulación legal y reglamentaria que determinan las prestaciones obligatorias en salud, así como los criterios de acceso al sistema, todas las

personas pueden hacer uso de la acción de tutela para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud ante cualquier amenaza o violación[20].

De esta forma, actualmente la Corte reconoce que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental, posición asumida claramente en la Sentencia T-760 de 2008, en los siguientes términos:

“El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que ‘todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente’,[21] y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos.[22] Observa el Comité que el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de ‘buena salud’, sino a garantizar ‘toda una gama de facilidades, bienes y servicios’ que aseguren el más alto nivel posible de salud.[23]”

“Cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional.[24] Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.

(...)De forma similar, los servicios de salud que se presten a las personas deben ser de calidad. Para las entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, respetar ese derecho, supone, por ejemplo, que a la persona no se le debe entregar un medicamento u

otro tipo de servicio médico de mala calidad, que desmejore la salud de la persona.[25]

Si bien los conceptos de oportunidad, eficiencia y calidad de los servicios de salud comprenden muchos aspectos, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado frecuentemente de problemas recurrentes a los cuales ha respondido aludiendo al principio de integralidad y al principio de continuidad, entre otros.”

De esta forma, los principios de integralidad y continuidad, inmersos en las garantías de acceso, influyen claramente en la construcción de la fundamentalidad del derecho. Esto implica que el servicio sea prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y de calidad.

4.4. Dando alcance a lo referido anteriormente, esta Sala abordará el análisis del principio de continuidad en las prestaciones de salud[26], que conlleva la ejecución de los procedimientos de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea aceptable su suspensión sin una justificación constitucional pertinente. En desarrollo de este, puntualmente la Sentencia T-760 de 2008 expuso:

“Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.[27] Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.”[28] Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud.”

En cuanto a este principio la Corte, en Sentencia C-800 de 2003, estableció cuáles son los eventos constitucionalmente aceptables en relación a la determinación de interrumpir inesperadamente el servicio por parte de las EPS:

“Por otra parte, también se ha ido precisando en cada caso, si los motivos en los que la EPS ha fundado su decisión de interrumpir el servicio son constitucionalmente aceptables. Así, la jurisprudencia, al fallar casos concretos, ha decidido que una EPS no puede suspender un

tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, invocando, entre otras, las siguientes razones: (i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos;[29] (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo;[30] (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario[31]; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado;[32] (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad;[33] o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.[34]”

La jurisprudencia ha reconocido cuatro eventos constitucionalmente admisibles para la suspensión del servicio, pero al mismo tiempo ha conferido especial trascendencia al principio de continuidad en salud y a la obligación que tienen las entidades encargadas de materializarlo.

De esta forma, les ha vedado la posibilidad de suspender súbitamente la atención habiéndose iniciado los tratamientos o administrado los medicamentos, si como efecto de esta interrupción se vulneran o amenazan derechos fundamentales. Por tal motivo se ha exigido a la institución continuar con la prestación médica hasta tanto se supere la enfermedad o hasta que otra similar asuma la asistencia a que haya lugar[35].

Al respecto, esta corporación en sentencia T-760 de 2008 manifestó:

“El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.

Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales[38] y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por

el médico tratante.

Al respecto ha dicho la Corte que ‘(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente[39] o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud’ [40].” (Negrilla fuera de texto original)

Cabe resaltar que este principio no implica que el paciente pueda solicitar que se le presten todos los servicios de salud que desee. Quien tiene la capacidad de definir cuáles procedimientos o medicamentos son requeridos por el usuario es el médico tratante adscrito a la EPS. Tampoco se da por cumplido con la aplicación de un tratamiento médico meramente paliativo, sino solamente con la suma de todos los servicios requeridos para que el diagnóstico evolucione favorablemente.

Así las cosas, colige la Corte que el principio de integralidad funge como complemento a la normatividad vigente para que la persona reciba una atención de calidad y completa, confinada a mejorar su condición y su estado de salud[41]. Los afiliados tienen derecho a que la prestación del servicio sea óptima, en el sentido de que los actores del sistema cumplan con la finalidad primordial de éste, es decir, brindar una atención oportuna, eficiente y de calidad, en conclusión “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”[42].

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala concluye que la fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y la garantía de acceso a los servicios, entre otros. Con base en ello, está constitucionalmente prohibido, salvo las excepciones previstas en la sentencia C-800 de 2003, que una entidad abandone el tratamiento al que se somete a una persona, su

evolución diagnóstica y la búsqueda de alternativas para confrontar la enfermedad.

5. El derecho a la salud de los niños y las niñas.

5.1. El artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Esta decisión del constituyente se fundamentó en las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos durante esa etapa de la vida y en la obligación del Estado de “promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”[43].

Ahora bien, la protección especial de los niños y las niñas en materia de salud, también ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991[44].

5.2. En virtud de estas normas, la Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad[45]. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses[46].

Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía[47], incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria[48].

5.3. 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.

En síntesis, los infantes requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 superior[49], en concordancia con los principios legales de protección integral[50] e interés superior de los niños y niñas[51].

6. Cobertura de transporte y alojamiento en virtud del principio de integralidad en salud.

6.1. Como se mencionó anteriormente[52], el artículo 48 constitucional le atribuye a la seguridad social una doble naturaleza; la primera, como servicio público de obligatoria prestación por el Estado y los particulares autorizados y, la segunda, como un derecho garantizado a todos los ciudadanos. Con fundamento en dicho mandato, el legislador desarrolló el Sistema General de Seguridad Social con la Ley 100 de 1993[53].

Esta norma consagró, entre otros temas, la obligación de garantizar a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud[54], que comprende un modelo integral de protección “con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales”[55]. Con base en tal normativa, el Gobierno Nacional se ha encargado de definir el conjunto de prestaciones concretas a cargo de las entidades que conforman el Sistema y de las cuales es posible exigir su efectivo cumplimiento.

6.1.1. De forma específica, el Acuerdo 029 de 2011 proferido por la Comisión de regulación en Salud -CRES-, señala en su artículo 42[56] 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.

6.1.2. Adicionalmente, el artículo 43 del acuerdo mencionado[57] 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.

Ahora bien, de lo anterior se podría concluir que cuando el municipio remitir no cuenta con una UPC diferencial mayor, el transporte debe ser asumido por el afiliado o su familia. Sin embargo, la Resolución 5261 de 1994 consagró dos excepciones: por un lado, los casos de urgencia debidamente certificada y, por otro, los pacientes internados que requieran atención complementaria[58].

6.2. Sobre este tema, la Corte Constitucional ha sostenido que, aunque el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no constituyen servicios médicos, hay ciertos casos en los cuales el acceso efectivo y real al servicio de salud depende de la ayuda para garantizar el desplazamiento al lugar donde será prestada la atención[59].

Este tribunal ha considerado, a partir del principio de solidaridad sobre el que descansa el derecho a la seguridad social, que cuando un usuario del Sistema de Salud es remitido a un lugar diferente al de su residencia para recibir la atención médica prescrita por su galeno tratante, debido a que su EPS no cuenta con disponibilidad de servicios en el lugar de afiliación, los gastos que se originen por el transporte y la estadía deben ser asumidos por el paciente o su familia[60].

No obstante, se ha establecido como excepción a la anterior regla el caso de los usuarios

que son remitidos a un municipio diferente al de su residencia, pero ni ellos ni su familia cuentan con la capacidad económica para asumir el costo del transporte. En tal sentido, se adoptaron los conceptos de accesibilidad económica y física para analizar la protección constitucional en términos de gastos de traslado, como se cita a renglón seguido:

“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.[61]

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.”[62]

6.3. En consecuencia, la Corte ha establecido que procede su protección a través de la acción de tutela cuando la falta de autorización del transporte afecte gravemente el goce efectivo del derecho a la salud. Sobre el particular, la sentencia T-760 de 2008 conceptuó:

“La jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación,[63] 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.

(...) 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)

Con posterioridad, en sentencia T-149 de 2011 se coligió:

“ (...) 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)

Así las cosas, se advirtió que el servicio de transporte se encuentra dentro del POS y en consecuencia debía ser asumido por la EPS en aquellos eventos en los que[64]:

- i. Un paciente sea remitido en ambulancia por una IPS a otra, cuando la primera no cuente con el servicio requerido.
- ii. Se necesite el traslado del paciente en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad de la EPS y según el criterio del médico tratante.
- iii. Un paciente ambulatorio deba acceder a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia y necesite ser transportado en un medio diferente a la ambulancia[65].

6.4. A partir de esta última situación, las subreglas jurisprudenciales en materia de gastos de transporte intermunicipal se circunscriben a los siguientes eventos[66]:

- i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente[67].
- 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.

6.5. En el mismo sentido, fueron establecidas 3 situaciones en las que procede el amparo constitucional en relación con la financiación de un acompañante del paciente[68], como se lee:

- 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.

De forma puntual, en torno a la capacidad económica del paciente y su familia, este tribunal ha concluido:

Sumado a lo anterior, esta Corte ha reconocido que:

“(…)… la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los

costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar”.[69]

De allí, se genera la obligación del actor y su núcleo familiar de poner en conocimiento de juez su precaria situación económica, invirtiéndose la carga de la prueba hacia la EPS quien deberá probar que el afiliado cuenta con la capacidad financiera requerida[70]. En caso de guardar silencio, se tendrá por probada la afirmación del accionante[71].

6.6. Ahora bien, en caso de existir dudas sobre la cobertura en el POS, debe prestarse el servicio normalmente, mientras se surten las consultas del caso ante las autoridades reguladoras en la materia, sin que en ningún evento ello sirva de excusa para rehusarse a la prestación. Al respecto, este tribunal ha destacado que ese tipo de situaciones constituyen barreras administrativas y burocráticas, que deben ser removidas y sorteadas de tal forma que no afecten al usuario, a saber:

“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 su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado[72]. También, como se indicó, tiene derecho a que se costee el traslado de un acompañante, si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud.”[73]

Como lo ha reiterado esta Sala, lo anterior se fundamenta en que toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que le impidan acceder a los servicios de salud que requiere con urgencia, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de su residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado[74].

7. Financiamiento de los gastos de traslados y hospedaje para el paciente y su acompañante.

7.1. El traslado de pacientes ambulatorios desde el lugar de residencia del paciente hasta el sitio donde se le va a atender está incluido en el plan obligatorio de salud, con cargo a la prima adicional por dispersión establecida sobre la unidad de pago por capitación

para algunas zonas geográficas.

De conformidad con lo expuesto en este acápite no ofrece ninguna duda que 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.

7.1.1. En esos términos, ni siquiera cuando no se advierta la inexistencia de la fuente para su financiación se les podrá categorizar como excluidos del plan, en cuanto para adquirir dicho status debe encontrarse inscrito en el listado taxativo del artículo 49 del acuerdo 29 de 2011.

Entonces, al no haber sido consagrado en esa norma, ni el intérprete, ni el ejecutante, que para el caso serían EPS e IPS, puede invocar su exclusión explícita, máxime cuando el órgano regulador competente no lo estipuló como tal.

7.2. En la actualidad, el Acuerdo 029 establece que se costeará con cargo a la prima adicional de la UPC que se reconoce en algunas zonas geográficas, por ende, es clara la fuente del recurso contemplado para tal efecto.

La Resolución 4480 de 2012, por medio de la cual se fijó el valor de la UPC para el año 2013, la destinó para los departamentos de Amazonas, Arauca, Casanare, Caquetá, Chocó, 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 tal contexto, se concluye que la prima adicional es un valor destinado a los departamentos y regiones en los cuales por haber menor densidad poblacional se generan sobre costos en la atención, entre otras razones, por el traslado de pacientes. De tal forma, en esas áreas geográficas no se prevé con la totalidad de red prestadora especializada ni de alto nivel de complejidad, por tanto la necesidad de traslado a otro centro urbano donde se cubran estos servicios motiva la asignación de un pago adicional por parte del estado.

7.3. De lo anterior 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, por consiguiente no se debería necesitar trasladarlo a otro lugar donde le sean suministradas las prestaciones pertinentes. En tal contexto, de

ocurrir la remisión del paciente otro municipio, esta deberá afectar el rubro de la UPC general, como quiera que se presume que en el domicilio del usuario existe la capacidad para atender a la persona, y en caso contrario es responsabilidad directa de la EPS velar por que se garantice la asistencia médica. Ello no puede afectar el acceso y goce efectivo del derecho a la salud, so pena de constituirse en una barrera de acceso, que ha sido proscrita por la jurisprudencia constitucional.

De hecho, en un pronunciamiento reciente esta Sala afirmó que la negación de un servicio porque la EPS no cuenta con la infraestructura y cobertura no es una justificación válida para no suministrar la atención en salud. Puntualmente, en la Sentencia T-073 de 2012 se consideró:

“... la territorialidad del aseguramiento no constituye excusa constitucionalmente admitida para impedir el acceso de una persona a los servicios de salud que requiere.

La afiliación a una EPS diferente a las que operan en el lugar actual de residencia no puede constituir un obstáculo para el acceso a los servicios de salud, ya que una postura de este tipo, además de constituir una afrenta a los principios de universalidad (garantizado a partir de enero de 2010[75]) y continuidad, profundiza la desigualdad entre los regímenes de aseguramiento, anteponiendo trámites administrativos al logro efectivo del derecho fundamental que en definitiva no son admisibles.

En consecuencia, corresponde a la EPS prestar los servicios de salud de manera integral (es decir, todo lo concerniente a terapias, citas médicas especializadas, medicamentos, medicina domiciliaria, cirugías, etc.) ... , máxime cuando han sido ordenados por la misma EPS y han sido solicitados en debida forma.”

7.4. La Sala aclara que en ningún caso se debe recurrir a la entidad territorial para que costee estos servicios, atendiendo la destinación específica de los recursos entregados para su administración en el sector salud. De conformidad con la Ley 715 de 2001, financiará la atención de la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, es decir, los servicios No POS-S; en consecuencia, no les corresponde asumir gastos propios del catálogo de beneficios como es el caso del transporte. Sobre el particular, la Corte manifestó en la Sentencia T-371 de 2010:

“Ahora bien, la Ley 715 de 2001 determina las competencias de las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud de los participantes vinculados. En efecto, corresponde a los departamentos[76], gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. Por su parte, se determina como competencia del municipio[77] la de identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, así como celebrar contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable.”

En conclusión, por una parte, en las áreas a donde 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 este 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.

8. Carencia actual de objeto por hecho superado.

8.1. La acción de tutela fue concebida en el artículo 86 Superior, como la herramienta idónea para el amparo de los derechos fundamentales ante su transgresión o amenaza por parte de entes públicos o privados; de tal forma, que el ciudadano pueda recurrir a la administración de justicia en busca de la protección efectiva de sus derechos, frente a lo cual el juez constitucional deberá impartir una orden conminada a conjurar la vulneración o que cese la prolongación de sus efectos en el tiempo.[78]

No obstante, si al momento de decidir el juzgador de instancia advierte que los fundamentos fácticos que dieron origen a la acción han desaparecido, se configura el fenómeno denominado carencia actual de objeto, el cual puede presentarse de dos maneras, bien sea por hecho superado, o por daño consumado.

8.2. En el primero de estos eventos – hecho superado – las situaciones que originaron la transgresión y por tanto los perjuicios ocasionados, desaparecen; razón por la cual se hace inocuo el pronunciamiento del juez constitucional. En esa medida “la solicitud presentada en la acción de tutela antes que exista pronunciamiento por parte del juez ha sido resuelta”[79]. Puntualmente, este tribunal consideró en sentencia SU-540 de 2007:

“El hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado[80] en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela.”

“De lo anterior se concluye que la carencia actual de objeto por hecho superado se presenta cuando la vulneración de los derechos fundamentales cesa o desaparece por cualquier causa, lo cual no implica que el juez de segunda instancia o en sede de revisión deje de analizar la juricidad del fallo, pero sin impartir ninguna orden de amparo del derecho, por haber desaparecido en ese momento el supuesto de hecho que generó la acción.”[81]

En conclusión la jurisprudencia constitucional ha destacado que a pesar de estar frente a una carencia actual de objeto, el juez no se encuentra eximido de realizar el análisis de fondo del caso bajo estudio.

8.3. Por su parte, la segunda faceta – daño consumado – ocurre cuando los perjuicios ocasionados al conculcar los derechos del actor no son reversibles, por ende la cesación de efectos perseguida con la tutela carece de sentido. Sobre el particular, la Corte adujo que su acaecimiento se produce cuando “no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela”. [82]

8.4. En suma, este tribunal constitucional ha reiterado que a pesar de estar frente a una carencia actual de objeto en cualquiera de las dos formas descritas anteriormente, el juez de instancia debe pronunciarse sobre el asunto.

9. Análisis de los casos concretos

Los casos bajo examen presentan similitud de hechos y pretensiones. En efecto, los accionantes solicitaron el amparo constitucional, al considerar vulnerados sus derechos a la salud y vida digna ante la renuencia de las EPS a las que se encuentran afiliados, de

suministrar los gastos de transporte y hospedaje para sus acompañantes, como quiera que las enfermedades que padecen exigen atención y tratamientos delicados y urgentes que no pueden realizarse en el lugar de su residencia, cuyos costos no están en condiciones de sufragar.

A continuación se procederá a estudiar los asuntos. Para realizarlo, la Sala se pronunciará sobre cada una de las pretensiones y las estudiará a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente.

9.1. Expediente T-3699975. Caso: Kerly Medina Gutiérrez contra Comfamiliar Huila EPS-S.

9.1.1. La accionante actúa en representación de su hija de 26 meses de edad, quien padece esclerodermia. Ambas residen en Neiva. La atención de esa condición de salud de la niña exige consultas especializadas de reumatología y dermatología pediátrica, las cuales le fueron autorizadas en el Hospital de la Misericordia en Bogotá.

Pese a las solicitudes que ha elevado a la EPS-S Comfamiliar Huila y a la Secretaría de Salud Departamental no le han aprobado los costos de transporte y alojamiento. La EPS le indicó que el transporte no está incluido en el POS y por tanto, le corresponde asumir su prestación a la entidad territorial; a su turno, la entidad territorial le respondió que ese no es un servicio de salud, por consiguiente no puede destinar recursos para su pago.

En la ampliación del escrito de tutela decretada por esta Sala, la progenitora afirmó que no se le ha negado ningún medicamento ni tratamiento a su hija.

Por su parte, la EPS se opuso a la solicitud de amparo porque tanto el transporte como el hospedaje están explícitamente excluidos del catálogo de beneficios, como quiera que su prestación se hace con cargo a la UPC adicional y el departamento del Huila no recibe tal prima.

A su turno, la Secretaría de Salud del Huila en respuesta a la vinculación oficiosa ordenada por la Sala, manifestó que el transporte debe ser costeado con la UPC adicional. A partir de esa afirmación, señaló que la responsable es la EPS y no la entidad territorial.

9.1.2. *Prima facie*, la Sala se pronunciará acerca de la improcedencia de la protección

constitucional decretada por el a quo, al considerar que la actora contaba con un mecanismo judicial idóneo y eficaz distinto a la acción de tutela, en la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud.

En este aspecto, se observa que el juicio de procedibilidad de la acción debe ser menos riguroso cuando el amparo sea deprecado a favor de un sujeto de especial protección, como en el caso sub examine una menor de edad que además, se encuentra en situación de debilidad manifiesta como consecuencia de sus afecciones de salud.

En este caso concreto, se tiene que la improcedencia de la acción fue declarada en atención a la existencia del mecanismo jurisdiccional surtido ante la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, a su vez modificado por los artículos 126 y 127 de la Ley 1438 de 2011, a saber:

“ARTÍCULO 41. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

- a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;
- b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;
- d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

e) <Literal adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) <Literal adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) <Literal adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

PARÁGRAFO 1o. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad.

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo adicionado por el artículo 127 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La Superintendencia Nacional de Salud, deberá:

1. Ordenar, dentro del proceso judicial, las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema.

2. Definir en forma provisional la Entidad a la cual se entiende que continúa afiliado o atendido el demandante mientras se resuelve el conflicto que se suscite en materia de afiliación múltiple y movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para tal efecto, el funcionario competente en ejercicio de las funciones jurisdiccionales consultará, antes de emitir su fallo definitivo o la medida cautelar, la doctrina médica, las guías, los protocolos o las recomendaciones del Comité Técnico-Científico, según sea el caso.”

A partir de lo expuesto, se concluye que la Superintendencia de Salud cuenta con un procedimiento preferente y sumario ante el cual se pueden ventilar las controversias suscitadas entre el usuario y la EPS, por la negativa de esta última en la autorización de servicios que se requieran con necesidad.

Queda claro que el plazo para decidir es de 10 días hábiles[84] en primera medida, bajo el entendido que esta determinación puede no ser definitiva, si se hiciere uso del recurso de impugnación dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación. Empero, no se reguló el término otorgado para resolver en segunda instancia, lo cual genera una incertidumbre acerca de la duración total del trámite, pudiéndose afirmar tan solo, que su duración se extiende por más de 13 días hábiles.

Lo anterior reviste especial trascendencia, por cuanto al tratarse de derechos fundamentales como la salud, integridad personal o la vida, la indefinición del tiempo que se demore una decisión puede tener consecuencias mortales.

Por consiguiente, tanto la flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción de tutela ante sujetos de protección constitucional reforzada, como la inseguridad causada por el vacío normativo, conllevan a que la acción de tutela se valore materialmente pese a la existencia de un mecanismo ordinario, para que se dirima la controversia surgida en torno al derecho a la salud de una persona.

Es inaceptable que cualquier juez de tutela se abstenga de estudiar un asunto de esta

naturaleza, bajo el argumento de que existe otro medio judicial para atender los requerimientos del accionante, habida cuenta que éste debe iniciar nuevamente otro procedimiento que exigirá el cumplimiento de los términos legales para su decisión, los cuales por perentorios que sean suponen un doble gasto de tiempo para la definición de la situación del peticionario, lo que claramente puede agravar su condición médica e incluso comprometer su vida o su integridad personal.

Entonces, en el asunto bajo revisión el fallador debió estudiar de fondo los fundamentos esgrimidos por la señora Medina Gutiérrez y tomar la determinación correspondiente, aclarando la posibilidad de acudir a la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud cuando lo considerare la parte actora.

9.1.3. Ahora bien, en atención al material probatorio que obra en el expediente, la Sala procede analizar el cumplimiento de las subreglas jurisprudenciales para conceder el servicio de transporte y alojamiento a Sarit Valentina y su mamá, para que puedan acudir a las consultas médicas especializadas autorizadas en el Hospital de La Misericordia de Bogotá, aunque el municipio de su residencia Neiva no es beneficiario de la prima adicional por dispersión geográfica de la UPC, con cargo a la cual se cobran esas prestaciones.

i. Comfamiliar Huila EPS-S autorizó las consultas de reumatología y dermatología pediátrica de acuerdo con su diagnóstico de esclerodermia[85], en el Hospital la Misericordia de Bogotá, lugar distinto de domicilio de la paciente, por la complejidad de su diagnóstico.

ii. Corresponde a la EPS asumir los gastos necesarios para garantizar el servicio de transporte, hospedaje y el acceso a las atenciones en salud requeridas, entendiéndose que dichos traslados están incluidos en el POS. En razón a que su familia no cuenta con los recursos suficientes para pagar su viaje a fin de recibir los correspondientes tratamientos médicos. Ello con fundamento en que: (i) se encuentra afiliada junto con su núcleo familiar al régimen subsidiado de salud en nivel 1[86], (ii) es beneficiaria y (iii) en ningún momento la EPS desvirtuó su incapacidad económica.

iii. La niña Sarit Valentina Rojas Medina requiere la atención especializada de la enfermedad esclerodermia, para el restablecimiento de su estado de salud.

iv. Por tanto se debe trasladar desde Neiva a la ciudad de Bogotá para recibir ese tipo de atención especializada, por el tiempo que supongan los traslados intermunicipales, así como las consultas y procedimientos que le han sido prescritos por su médico tratante.

En relación con la autorización de un acompañante, en este caso se presume que la niña tiene total dependencia de su madre o algún miembro de su familia, como quiera que la infante tiene escasos 3 años de edad[87] .

9.1.4. De conformidad con estos argumentos, la Corte revocará el fallo de única instancia y en su lugar concederá la protección de los derechos a la salud y vida digna de la hija de la accionante.

En consecuencia, se ordenará a Confamiliar Huila EPS-S que en adelante sufrague los costos de transporte y alojamiento de la menor de edad y su acompañante, de esta manera garantizarle su acceso al servicio de salud en condiciones dignas[88].

9.2. Expediente T-3700935. Caso: Hernán Motta Quintero contra Saludcoop EPS.

“certifico que el paciente en referencia sufre de insuficiencia renal crónica terminal secundaria a nefropatía diabética e hipertensiva y se encuentra en terapia dialítica tipo hemodiálisis en forma indefinida del día 1 de mayo /2010, con dos sesiones semanales” [89]. (Negrilla fuera de texto original).

Le solicitó a Saludcoop EPS que le autorizara los servicios en el lugar de su domicilio, ya que no cuenta con la capacidad económica para trasladarse a Neiva con su acompañante. Al respecto, la EPS le comunicó que no tiene convenio en ese municipio con ningún prestador, pero si se encuentra muy inconforme puede cambiarse de EPS.

A su vez, la entidad demandada indicó en la contestación de la tutela, que por razones científicas y niveles de complejidad en la atención que el paciente requiere, se deben realizar los procedimientos en Neiva. En esos términos, indicó que nunca ha negado las prestaciones que necesita el accionante.

9.2.2. El juez de instancia denegó el amparo invocado toda vez que no encontró vulneración alguna por parte de Saludcoop, debido a que la EPS ha autorizado todos los servicios

requeridos por el actor. No obstante, el fallador no analizó la solicitud subsidiaria de cubrimiento de gastos de transporte y alojamiento para el paciente y su cónyuge.

En sede de revisión se ordenó como medida provisional que la EPS asumiera los costos de traslado para que el actor y su acompañante pudieran asistir al procedimiento médico en la ciudad de Neiva, sin que hasta el momento se haya recibido prueba de su cumplimiento.

9.2.3. Inicialmente, en lo que respecta a la solicitud de atención en una institución del lugar de su residencia, la Corte encuentra de recibo el argumento según el cual, no podría prestarse el servicio en su lugar de residencia, esto es, Pitalito – Huila –, debido a que las IPS que allí se ubican, no cuentan con la infraestructura y el nivel de complejidad requeridos para la atención de un paciente renal crónico asociado a hipertensión y diabetes[90].

En esos términos, la Sala avala que Saludcoop continúe autorizando los servicios de hemodiálisis requeridos por el señor Motta, con la condición que se suministren los gastos de transporte para él y su acompañante de conformidad a lo expuesto en este acápite.

9.2.4. Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso, este tribunal evaluará las reglas jurisprudenciales para conceder el servicio de transporte y alojamiento al señor Motta Quintero y su acompañante, para que pueda asistir a las 3 sesiones de diálisis semanales autorizadas en la ciudad de Neiva. Aclara la Sala, que el municipio de residencia del actor, Pitalito – Huila – no es beneficiario de la prima adicional por dispersión geográfica de la UPC, con cargo a la cual se cobran esas prestaciones.

i. Saludcoop EPS ha autorizado la terapia de hemodiálisis para el accionante desde abril de 2010 en la ciudad de Neiva, como consta en el registro de aprobaciones de servicios anexado por la entidad promotora de salud en sede de tutela[91].

Los procedimientos se han suministrado en la Clínica Medilaser de Bogotá, por su delicado diagnóstico, la tecnología y el nivel de complejidad en la atención que requiere[92]. Así se aseveró en la contestación de la tutela en cita del concepto del médico tratante:

“Durante el transcurso de este tiempo ha tenido múltiples hospitalizaciones y complicaciones inherentes a sus comorbilidades (herniorrafias fallidas) y a los accesos de diálisis como peritonitis recurrente asociada a catéter, disfunción de catéteres y bacteremias

por catéter de hemodiálisis. Además cursa con cardiopática hipertensiva con compromiso moderado de la función ventricular izquierda, hipertensión pulmonar y fibrilación auricular crónica que lo han llevado a un síndrome de falla cardíaca con descompensación frecuente. En los últimos meses ha desarrollado ascitis manejada con paracentesis periódica. Recientemente se le realizó corrección de un aneurisma en el área de la fístula arteriovenosa.”[93]

ii. Según afirmó el señor Motta en la demanda de tutela no cuenta con los recursos suficientes para sufragar sus traslados en compañía de su esposa.

Al respecto, la EPS tenía la carga de la prueba para desvirtuar la incapacidad económica de los accionantes como lo ha reiterado esta corporación:

No obstante, la entidad accionada guardó silencio respecto a este punto en el término de traslado, por ende se presumen ciertos y probados al tenor de la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991[95].

iii. El peticionario requiere la atención urgente y especializada de la enfermedad renal crónica en hemodiálisis, por cuanto está expuesto múltiples a riesgos y complicaciones que demandan atención en centros hospitalarios de alto nivel[96].

Por consiguiente se debe trasladar desde Pitalito hasta Neiva para recibir ese tipo de atención especializada, por el tiempo que supongan los traslados intermunicipales, así como los procedimientos que le han sido prescritos por su médico tratante.

En relación con la financiación de los costos de su acompañante, en este caso se advierte que por la gravedad del diagnóstico y la complejidad del procedimiento, el paciente requiere atención permanente para garantizar su integridad física.

9.2.5. De conformidad con estos argumentos, la Corte revocará el fallo único de instancia y en su lugar concederá la protección de los derechos a la salud y vida digna del actor.

En consecuencia, ordenará a Saludcoop EPS que en adelante asuma los costos de transporte y alojamiento del afiliado y su acompañante, para de esta manera garantizarle su acceso al servicio de salud en condiciones dignas[97].

9.3. Expediente T-3705404. Caso: Audiela Tumay Chavita contra Capresoca EPS-S.

La situación médica de la actora es apremiante, debe practicársele 2 intervenciones quirúrgicas (cierre de colostomía y plastia de pared abdominal), para atender las patologías que la han venido aquejando desde hace 3 años. El juez de instancia ordenó la medida provisional, empero, la entidad accionada consideró que con conseguir una cita en Bogotá se daba por cumplida. Según el concepto de su médico tratante, requiere de atención en un centro hospitalario de mayor complejidad, recomendación que debe ser acatada por la EPS, que además debe costear su traslado y el de una persona que le acompañe, debido a que puede sufrir serias complicaciones.

9.3.1. Atendiendo a que los servicios de transporte y alojamiento solicitados por la actora estaban intrínsecamente ligados con dos procedimientos que tampoco le habían sido adelantados, el análisis se dividirá temáticamente en las 2 intervenciones, como se lee a renglón seguido.

9.3.2. El procedimiento de CIERRE DE COLOSTOMÍA fue practicado el 5 de diciembre de 2012, con posterior manejo hospitalario hasta el 9 de diciembre, según consta en la copia del perfil de epicrisis expedido por el Hospital Santa Clara y remitido por la EPS demandada durante el trámite de revisión. De igual forma, Capresoca manifestó haber asumido directamente los costos de alojamiento con la Fundación Albergue Jesús Misericordioso, e indirectamente el valor de los traslados mediante la figura del reembolso.

En relación con esta intervención y el transporte solicitado por la actora para acudir a la ciudad donde se le efectuaría, se deduce que si bien existió una trasgresión al derecho constitucional invocado, esta situación se superó durante el trámite de revisión eventual, debido a que la operación tuvo lugar en Bogotá el 5 de diciembre de 2012, fecha en la cual se encontraba en proceso de remisión a la Corte Constitucional el asunto sub examine.

Por ende, como la eventual orden a impartir resultaría inocua y la acción de tutela deja de ser el instrumento idóneo ante la inexistencia de un objeto jurídico sobre el cual proveer, la Sala declarará la ocurrencia del fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado en torno a la solicitud de amparo de los derechos fundamentales de la accionante, puntualmente, en lo que concierne al procedimiento de CIERRE DE COLOSTOMÍA.

9.3.3. En relación con la cirugía PLASTIA DE PARED ABDOMINAL, la entidad accionada adujo que correspondía a una intervención estética explícitamente excluida del plan de beneficios, por tal motivo no se autorizaría. Acorde a lo manifestado, se considera preciso citar el Acuerdo 29 de 2011 en lo pertinente:

“Artículo 49. Se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud las siguientes tecnologías en salud:

1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética....” (Negrilla fuera de texto original)

Evaluada dicha afirmación, la Corte encuentra que si bien las cirugías plásticas con fines de embellecimiento hacen parte de ese listado[98], el procedimiento que le fue ordenado a la actora no se encuadra dentro esta clasificación, en atención que su médico tratante pone de presente en la remisión que ésta tiene una finalidad reconstructiva, en relación con el restablecimiento de condiciones funcionales afectadas por las operaciones de quistes en los ovarios, apendicitis aguda y peritonitis.

Entonces, la Sala procederá determinar si ese servicio está incluido en el plan obligatorio de salud vigente para los regímenes contributivo y subsidiado en la actualidad[99], según la misma norma. En efecto, al estudiar el anexo técnico núm. 2 del precitado acuerdo, que contiene el listado de procedimientos y servicios del plan obligatorio de salud, la Sala advierte la inclusión explícita del siguiente servicio:

CUPS

DESCRIPCIÓN

547500

Plastia de pared abdominal SOD

Por tanto, en momento alguno este podría ser negado por la entidad prestadora de salud, puesto que ya fue financiado por la unidad de pago por capitación del régimen subsidiado

(UPC-S) entregada por el Estado para la atención de la población asegurada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993[100]. Por ende, la parte accionada debió autorizar y adelantar la intervención en cuestión, desde la confirmación del diagnóstico, o incluso de la solicitud del accionante ante la EPS.

Así las cosas, no existe argumento jurídico válido para que una entidad que presta un servicio público como la salud, se rehúse a suministrar las prestaciones incluidas en el POS, cuyo costo ya fue pagado en la prima de aseguramiento. Ello constituye una barrera administrativa en el acceso al sistema, que repercute negativamente en el goce efectivo del derecho de los usuarios.

Habida cuenta que la unidad de pago por capitación es un recurso parafiscal[101], cuando la EPS niega alguno de los servicios para los cuales fue destinada, se configura una práctica perversa y defraudatoria del sistema que debe ser investigada por los organismos competentes, en este caso, la Superintendencia Nacional de Salud.

9.3.4. De conformidad con lo expuesto, la EPS Capresoca conculcó los derechos fundamentales de la señora Tumay Chavita, en esa medida, esta corporación revocará la decisión única de instancia que negó el amparo invocado y en su lugar se tutelarán sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas. Aunado a ello, se darán las órdenes específicas contenidas en los dos numerales anteriores.

9.4. Expediente T-3707429. Caso: María Mercedes Echavarría Echavarría contra Coosalud EPS-S y la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

9.4.1. La peticionaria de 49 años también sufre de enfermedad renal crónica, hipertensión, diabetes y amputación de una de sus piernas. Reside en el municipio de Zaragoza -Antioquia- y debe desplazarse hacia Montería para que le efectúen el procedimiento de hemodiálisis día de por medio, lo cual indica que sus condiciones de salud son precarias y se está poniendo en riesgo su vida al no poder asistir a su tratamiento por falta de recursos de ella y su núcleo familiar.

Al respecto, Coosalud EPS-S señaló que para acceder a un servicio expresamente excluido el paciente debe acudir a la colaboración de sus parientes en virtud del principio de solidaridad familiar. Aclaró que la entidad competente para garantizar ese tipo de servicios

es la Dirección de Salud e Antioquia, quien a su turno, indicó que no puede hacer uso de los recursos provenientes del sistema general de participaciones para costear los gastos de traslado y alojamiento, ni ninguna otra erogación que implique el desplazamiento.

9.4.2. El juez único de instancia negó la protección por cuanto la EPS ha autorizado, prestado y entregado todos los servicios de salud requeridos por el accionante. Además porque no probó que hubiere solicitado esos conceptos con antelación la presentación de la acción de tutela.

9.4.3. La Sala encuentra que de los hechos narrados por la accionante, así como de los medios probatorios aportados al expediente, no se evidencia que la actora haya acudido a la entidad accionada a adelantar el procedimiento necesario para solicitar que le cancelaran los gastos de traslado y hospedaje. En efecto, a partir de las situaciones fácticas narradas en el escrito de tutela, se puede deducir que solo se cuenta con la recomendación remitida por la IPS donde se le practica el procedimiento, ante las repetitivas inasistencias a las citas programadas.

Por consiguiente, no se puede concluir que se ha constituido una vulneración de los derechos de la señora Echavarría por omisión o acción de parte de la EPS-S Coosalud en el asunto bajo revisión, como quiera que no actuó de manera omisiva y negligente en relación con los padecimientos de salud de la paciente[102]. De ahí, que no se cumple con uno de los presupuestos de procedencia de la acción de tutela, cual es, que la parte accionada haya incurrido en una acción u omisión con la cual se conculquen los derechos objeto de protección constitucional.

Así las cosas, la decisión de instancia erró en la conclusión de que no se constituyó violación alguna, porque según se demostró en el expediente, los gastos de transporte y alojamiento no fueron solicitados a la EPS y por ende no hubo respuesta, entonces no existió una acción u omisión por parte de la entidad accionada y, en consecuencia, debía haberse declarado su improcedencia y no la negación de la petición de amparo en el caso sub examine.

Esta corporación ha manifestado que para negar las pretensiones de la acción debe hacerse un análisis de fondo del caso concreto, y que cuando no concurren los requisitos generales de procedibilidad determinados en el Decreto 2591 de 1991, lo adecuado es declarar la improcedencia de la acción[103]. En estos términos, la decisión de instancia debió estar

dirigida en ese sentido y no hacia la denegación de las pretensiones, lo cual implica que agotado el análisis de fondo, se advirtió que la accionante no tenía derecho al amparo invocado.

De conformidad con lo expuesto, se revocará el fallo objeto de revisión y en su lugar se declarará la improcedencia de la acción estudiada.

9.5. No obstante, por tratarse de un sujeto de protección especial constitucional por hallarse en situación de discapacidad física, además de la debilidad manifiesta en la que se encuentra atendiendo su delicada condición de salud, resulta impostergable la intervención del juez constitucional, porque de lo contrario se correría el riesgo de presenciar un desenlace fatal con efectos antijurídicos, imposible de ser restituido integralmente.

De tal forma, ante un perjuicio inminente, urgente y grave, por cuanto no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad sino del menoscabo del derecho más elemental -la vida- la Corte ordenará de manera preventiva que la EPS-S garantice el acceso a los servicios de salud requeridos para atender las patologías de la actora y específicamente, suministre los costos de transporte y alojamiento para la señora Echavarría y un acompañante.

Lo anterior con fundamento en la situación económica de la accionante, puesto que la Sala encuentra que está afiliada al régimen subsidiado SISBEN I; por tanto, se presume que ella y su núcleo familiar carecen de la capacidad económica para costear todos los gastos derivados del traslado y estadía en la ciudad de Yopal.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

Primero.- En el expediente T-3699975, REVOCAR el fallo de única instancia proferido el 8 de octubre de 2012 por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Neiva, que declaró la improcedencia de la acción. En su lugar, CONCEDER EL AMPARO invocado por la señora Kerly Medina Gutiérrez en representación de

su hija Sarit Valentina Rojas Medina.

Segundo.- ORDENAR a Confamiliar Huila EPS-S, 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 pago y asuma el transporte de la accionante y su hija hasta la ciudad de Bogotá, así como su alojamiento durante el tiempo que requiera la atención médica de la menor de edad fuera de su lugar de residencia.

Tercero.- En el expediente T-3700935, REVOCAR el fallo de única instancia proferido el 20 de septiembre de 2012 por el Juzgado 1º Penal Municipal de Pitalito, mediante el cual decidió negar la protección de los derechos invocados. En su lugar, CONCEDER la acción impetrada por Hernán Motta Quintero.

Cuarto.- ORDENAR a Saludcoop 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 pago y asuma el transporte del accionante y su acompañante hasta la ciudad de Neiva, así como su alojamiento durante el tiempo que requiera la atención médica fuera de su lugar de residencia.

Quinto.- En el expediente T-3705404, REVOCAR la sentencia de única instancia proferida el 27 de septiembre de 2012, por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Yopal, a través de la cual se negó la solicitud de amparo de la actora. En su lugar, TUTELAR los derechos a la salud, vida en condiciones dignas e integridad personal a la señora Audiela Tumay Chavita.

Sexto.- DECLARAR la carencia actual de objeto, en relación con la cirugía CIERRE DE COLOSTOMÍA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Séptimo.- ORDENAR a la EPS-S Capresoca que dentro del término de las diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia autorice, programe y adelante las gestiones requeridas para practicar la intervención PLASTIA DE PARED ABDOMINAL a la accionante, con cargo a la UPC. El plazo máximo para la realización de la cirugía será de treinta (30) días siguientes a notificación de esta sentencia. Además, deberá cubrir los gastos de traslado y hospedaje para la accionante y un acompañante, surgidos con ocasión del servicio quirúrgico de que trata este numeral.

Octavo.- En el expediente T-3707429, REVOCAR la sentencia de única instancia proferida el 7 de septiembre de 2012, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Zaragoza, Antioquia, que negó la solicitud de amparo de la actora. En su lugar, DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la acción presentada por la señora María Mercedes Echavarría Echavarría, en los términos referidos en el respectivo acápite.

Noveno.- ORDENAR a Coosalud EPS-S que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, de manera preventiva, adelante las acciones tendientes a garantizar el pago y asuma el transporte del accionante y su acompañante hasta la ciudad de Montería, así como su alojamiento durante el tiempo que requiera la atención médica fuera de su lugar de residencia.

Décimo.- REMITIR copia del expediente T-3705404 a la Superintendencia Nacional de Salud, para lo de su competencia.

Décimo.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de las que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] A folio 31, se indicó que fue el 19 de octubre de 2012, fecha equivocada en razón a que a

folio 17 obra el auto del 18 de septiembre de 2012, por medio del cual se citó a la accionante a rendir declaración el día 19 de septiembre de 2012 a las 9.00 a.m.

[2] Artículo 86 de la Constitución Política: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

[3] Ibídem.

[4] Sentencia C-543 de 1992.

[5] Sentencia T-016 de 2006.

[6] Sentencias SU-961 de 1999, T-158 de 2006, T-883 de 2009, entre otras.

[7] Sentencia T-753 de 2006.

[8] En similar sentido se pronunció la Corte en la Sentencia T-515A de 2006: “El ejercicio de la acción de tutela, no obstante ser un derecho subjetivo de todas las personas, se encuentra limitado teleológicamente en la medida en que debe perseguir los fines para los cuales fue instituido tal mecanismo de amparo. De tal suerte, la acción es procedente en

los casos concretos en que presentándose la vulneración o amenaza de un derecho fundamental no existe otro mecanismo judicial[8] para su protección y reestablecimiento[8], o en los casos en que, aún cuando exista un medio judicial dispuesto para tal fin, éste no resulte inmediato y eficaz, de manera que no sea oportuno para salvaguardar los derechos cuya vulneración o amenaza representa un perjuicio irremediable[8].”

[9] Sentencia T-865 de 2010.

[10] Ver, entre otras, Sentencias T-719 de 2003 y T-789 de 2003.

[11] Sentencia T-515A de 2006.

[12] Ver, a este respecto, las sentencias T-719 de 2003 y T-789 de 2003.

[13] Sentencia T-015 de 2006.

[14] Constitución Política, artículo 48.

[15] Constitución Política, artículo 49.

[16] Sentencias T-200 de 2007, T-654 de 2010, entre otras.

[17] Al respecto, es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007 donde esta corporación señala: “A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a ... que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros).”

[18] Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007, T-148 de 2007, T-760 de 2008, entre otras.

[19] Sentencias T-201 de 2009, T-654 de 2010, entre otras.

[20] Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007.

[21] El PIDESC, artículo 12, contempla “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

[22] Observación General N° 14 (2000) “El derecho del más alto nivel posible de salud” (2).

[23] Observación General N° 14 (2000) “El derecho del más alto nivel posible de salud” (9). “(...) un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona [...].”

[25] En la sentencia T-597 de 1993, por ejemplo, la Corte tuteló el derecho a la salud de un niño al que se le habían generado afecciones de salud, producto de un servicio médico mal practicado, y la posterior omisión para enmendar el yerro.

[26] Véanse: T-059 de 1997, T-515 de 2000, T-746 de 2002, C-800 de 2003, T-685 de 2004, T-858 de 2004, T-875 de 2004, T-143 de 2005, T-305 de 2005, T-306 de 2005, T-464 de 2005, T-508 de 2005, T-568 de 2005, T-802 de 2005, T-842 de 2005, T-1027 de 2005, T-1105 de 2005, T-1301 de 2005, T-764 de 2006, T-662 de 2007, T-690 A de 2007, T-807 de 2007, T-970 de 2007 y T-1083 de 2007.

[27] Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 2007, en este caso se tuteló el derecho de un joven de 23 años a que no se interrumpiera el tratamiento que recibía por un problema de adicción que lo llevó a perder su cupo como estudiante, a pesar de que se le atendía en condición de beneficiario de su padre, por ser estudiante.

[28] Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 1993.

[29] Son varios los casos en donde se ha tomado esta decisión. En ellos se ha señalado que una relación jurídica es la que supone la prestación del servicio de salud, el cual debe mantenerse en virtud del principio de continuidad, y otra la relación contractual entre la EPS y el empleador, de carácter dinerario, que en caso de incumplimiento da lugar a las diferentes medidas jurídicas orientadas al cobro. Entre otras, pueden verse las sentencias: T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997; T-154 A de 1995 y T-158 de 1997; T-072 de 1997 y T-202 de 1997. Recientemente se dijo al respecto en la Sentencia T-360 de 2001: “De la jurisprudencia citada se observa, que si bien existe una obligación directa a cargo del

patrono que incumple con su obligación legal de pagar en forma oportuna los aportes de sus empleados por concepto de salud, también lo es, que dicha obligación no exonera en forma total a la EPS de atender a los afiliados o a sus beneficiarios, en el evento de que requieran atención en salud, con fundamento en los principios de continuidad de los servicios públicos y del derecho irrenunciable a la seguridad social (CP. Arts. 48 y 49). Adicionalmente, como se vio, las EPS disponen por ministerio de la ley, de mecanismos para repetir en contra de los patronos incumplidos por los costos en que incurran en la prestación de servicios médicos o suministro de medicamentos.”

[30] En la Sentencia T-281 de 1996 se ordenó al I.S.S. practicar una operación a una persona, a pesar de que ya no estaba afiliado, pues mientras se terminaban los trámites administrativos para llevar a cabo la intervención quirúrgica, había sido desvinculado unilateralmente de su trabajo.

[31] En la Sentencia T-396 de 1999 se ordenó al I.S.S. culminar un tratamiento quirúrgico en el sistema óseo, a pesar de que la persona había alcanzado su mayoría de edad y en consecuencia había perdido el derecho a la pensión de sobreviviente por la muerte de su padre, razón por la que era atendida por el I.S.S.

[32] En la Sentencia T-730 de 1999 se ordenó a una EPS continuar prestándole el servicio médico que se le venía dando a una mujer embarazada, a quien se le había suspendido el servicio en razón a que una norma reglamentaria (D.824 de 1988) disponía que por su condición laboral y su relación familiar con su patrón, ella no podía haber sido afiliada por él.

[33] En la Sentencia T-1029 de 2000 se decidió que en virtud del principio de continuidad que rige el servicio de salud, una EPS está obligada a atender a un afiliado nuevo desde el primer día del traslado, incluso cuando el empleador no ha cancelado aún los aportes a la nueva entidad.

[34] En la Sentencia T-636 de 2001 se decidió que era necesario suministrar bolsas de colostomía a una persona (bolsas externas al cuerpo para recoger materias fecales), en el interregno entre dos operaciones, por considerar que hacían parte del tratamiento y en esa medida, no darlas implicaba suspender la continuidad del mismo.

[35] Sentencia T-111 de 2004.

[36] Cabe aclarar que este tiene origen legal, debido a que el artículo 2° de la ley 100 de 1993, indica que el servicio público esencial de seguridad social debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Específicamente, en el literal d se dispuso: “INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley.”

[37] Véanse T-179 de 2000, T-122 de 2001, T-133 de 2001, T-111 de 2003, T-319 de 2003, T-136 de 2004, T-719 de 2005, T-062 de 2006, T-421 de 2007, T-535 de 2007, T-536 de 2007, T-730 de 2007, T-846 de 2007, T-050 de 2008, T-576 de 2008, T-589 de 2008, T-604 de 2008, T-1271 de 2008, T-053 de 2009.

[38] En la sentencia T-179 de 2000 se indicó sobre el “El plan obligatorio de salud es para todos los habitantes del territorio nacional para la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías (artículo 162 ley 100 de 1993). || Además, hay guía de atención integral, definida por el artículo 4° numeral 4 del decreto 1938 de 1994: “Es el conjunto de actividades y procedimientos mas indicados en el abordaje de la promoción y fomento de la salud, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad; en la que se definen los pasos mínimos a seguir y el orden secuencial de éstos, el nivel de complejidad y el personal de salud calificado que debe atenderlos, teniendo en cuenta las condiciones de elegibilidad del paciente de acuerdo a variables de género, edad, condiciones de salud, expectativas laborales y de vida, como también de los resultados en términos de calidad y cantidad de vida ganada y con la mejor utilización de los recursos y tecnologías a un costo financiable por el sistema de seguridad social y por los afiliados al mismo”. || Por otro aspecto, el sistema esta diseñado, según el Preámbulo de la ley 100 de 1993, para asegurar a la calidad de vida para la cobertura integral, de ahí que dentro de los principios que infunden el sistema de seguridad social integral, está, valga la redundancia, el de la integralidad, definido así: “Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada

quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por la ley” (artículo 2° de la ley 100 de 1993). || Es más: el numeral 3° del artículo 153 ibídem habla de protección integral: “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”. || A su vez, el literal c- del artículo 156 ibídem expresa que “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” (resaltado fuera de texto). || Hay pues, en la ley 100 de 1993 y en los decretos que la reglamentan, mención expresa a la cobertura integral, a la atención básica, a la integralidad, a la protección integral, a la guía de atención integral y al plan integral. Atención integral, que se refiere a la rehabilitación y tratamiento, como las normas lo indican.”

[39] En este sentido se ha pronunciado la corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de 2004.

[40] Sentencia T-1059 de 2006. Ver también: Sentencia T-062 de 2006. Otras sentencias: T-730 de 2007, T-536 de 2007 y T-421 de 2007.

[41] Sentencia T-073 de 2012: “En síntesis, el principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: ‘(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’. De igual modo, se dice que la prestación del servicio en salud debe ser:

-Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que permita que se brinde el tratamiento adecuado.

-Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir.

-De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuya, a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes.”

[42] Observación General N° 14 (2000) ‘El derecho del más alto nivel posible de salud’.

[43] Artículo 13 Constitucional.

[44] Sentencia T-037 de 2006: Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, entre otros.

[45] Sentencia C-507 de 2004.

[46] Sentencias C-041 de 1994 y T-391 de 2009.

[47] Sentencias T-170 y 663 de 2010.

[48] Sentencias T-964 de 2007 y T-170 de 2010.

[49] Constitución Política, artículo 50: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

[50] Ley 1098 de 2006, art. 7.

[51] Ibídem, art. 8.

[52] Acápite 3.1. de esta providencia.

[53] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras

disposiciones”.

[54]Ley 100 de 1993, artículos 159 y 162.

[55]Ley 100 de 1993, artículo 156.

[56] ARTÍCULO 42. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

PARÁGRAFO. Si a criterio del médico tratante el paciente puede ser atendido por otro prestador, el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del Plan Obligatorio de Salud. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria.

[58] Artículo 2°.

[59] Sentencia T-760 de 2008.

[60] Sentencia T-741 de 2007.

[61] 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.

[62] Sentencia T-838 de 2012.

[63]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. (...)’.

[64] Estas reglas que a continuación se transcriben se establecieron en sentencias anteriores a la T-760 de 2008 y en esta última se ordenó su inclusión en la correspondiente regulación, razón por la cual fueron plasmadas en los acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, aún cuando su desarrollo ha sido esencialmente por vía jurisprudencial.

[65]Es de anotar que la clase de transporte a utilizar deberá ser acorde al estado de salud del paciente y al concepto del médico tratante.

[66] Cfr. Corte Constitucional, 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.

[67] Sentencia T-769 de 2012.

[68]Corte Constitucional, sentencia T-350 de 2003. Esta decisión ha sido reiterada por la Corte en varias ocasiones; entre otras, en las sentencias T-962 de 2005 y T-459 de 2007.

[69] Sentencias T-550 de 2009 y T-352 de 2010, entre otras.

[70] Sentencia T-022 de 2011: “(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la

misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”.

[71] Sentencia T-073 de 2012: “Esto quiere decir que al presentarse una acción de amparo para reclamar el cubrimiento de un servicio como el de transporte, corresponde en principio al accionante y su familia poner en conocimiento su situación económica. Sin embargo, ante la negación indefinida de no poder asumir los costos del servicio, se invierte la carga probatoria en cabeza de la EPS a la cual se reclama el servicio.

Ello debido a que las EPS tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados y por tanto están en la capacidad de controvertir o ratificar las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. En esa medida, su inactividad al respecto hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente.”. En el mismo sentido ver sentencias: T-1019 de 2002, T-906 de 2002, T-861 de 2002, T-022 de 2011, T-091 de 2011, T-233 de 2011, T-481 de 2011 y T-523 de 2011, entre muchas otras.

[72] Recientemente, siguiendo la línea jurisprudencial citada, en la sentencia T-814 de 2006 la Corte resolvió ordenar a la EPS demandada (Seccional Cauca del Seguro Social, ARP) que garantizara la estadía y lo necesario para que el accionante [persona en clara situación de vulnerabilidad] fuera trasladado, junto con un acompañante, a la ciudad de

Bogotá, a fin de que le practicaran los controles médicos y exámenes que requería.

[73] Sentencia T-760 de 2008.

[74] Cfr. Sentencia T-073 de 2012.

[75] Ley 1122 de 2007 y orden número 29 de la sentencia T-760 de 2008.

[76] Ley 715 de 2001. ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD.

(...)43.2. De prestación de servicios de salud

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.

43.2.3. Adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar la Política de Prestación de Servicios de Salud, formulada por la Nación.

43.2.4. Organizar, dirigir, coordinar y administrar la red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el departamento.

43.2.5. Concurrir en la financiación de las inversiones necesarias para la organización funcional y administrativa de la red de instituciones prestadoras de servicios de salud a su cargo.

43.2.6. Efectuar en su jurisdicción el registro de los prestadores públicos y privados de servicios de salud, recibir la declaración de requisitos esenciales para la prestación de los servicios y adelantar la vigilancia y el control correspondiente.

43.2.7. Preparar el plan bienal de inversiones públicas en salud, en el cual se incluirán las destinadas a infraestructura, dotación y equipos, de acuerdo con la Política de Prestación de

Servicios de Salud.

43.2.8. Vigilar el cumplimiento de las normas técnicas dictadas por la Nación para la construcción de obras civiles, dotaciones básicas y mantenimiento integral de las instituciones prestadoras de servicios de salud y de los centros de bienestar de anciano.

[77] Ley 715 de 2001. ARTÍCULO 44. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS. (...) 44.2. De aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud

44.2.1. Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin.

44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia.

44.2.3. Celebrar contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y realizar el seguimiento y control directamente o por medio de interventorías.

44.2.4. Promover en su jurisdicción la afiliación al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud de las personas con capacidad de pago y evitar la evasión y elusión de aportes.

[79] Sentencias T-663 de 2010 y T-052 de 2011.

[80] Así, por ejemplo, en la sentencia T-082 de 2006[80], en la que una señora solicitaba la entrega de unos medicamentos, los cuales, según pudo verificar la Sala Octava de Revisión, le estaban siendo entregados al momento de la revisión del fallo, la Corte consideró que al desaparecer los hechos que generaron la vulneración, la acción de tutela perdía su eficacia e inmediatez y, por ende su justificación constitucional, al haberse configurado un hecho superado que conducía entonces a la carencia actual de objeto, la cual fue declarada por esa razón en la parte resolutive de la sentencia. Así mismo, en la sentencia T-630 de 2005[80], en un caso en el cual se pretendía que se ordenara a una entidad la prestación de ciertos servicios médicos que fueron efectivamente proporcionados, la Corte sostuvo que “si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos

fundamentales desaparece, la tutela pierde su razón de ser, pues bajo esas condiciones no existiría una orden que impartir ni un perjuicio que evitar.” Igual posición se adoptó en la sentencia SU-975 de 2003[80], en uno de los casos allí estudiados, pues se profirió el acto administrativo que dejó sin fundamento la tutela del actor, por lo que la Corte estimó, sin juzgar el mérito de dicho acto, que se encontraba ante un hecho superado.

[81] Ver sentencia T-663 de 2010.

[82] Sentencia T-612 de 2009.

[83] Sentencia T-469 de 2010.

[84] Entendidos como hábiles según lo dispuesto en el Código de Régimen Político y Municipal.

[85] Como consta a folios 14, 18 al 20, 32, 33 y 34 del cuaderno de instancia.

[86] Sentencia C-130 de 2002: “El régimen subsidiado, lo define el artículo 211 ib., en éstos términos: ‘es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley.’ Mediante este régimen se financia la atención en salud de las personas más pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar.

Así las cosas son beneficiarios del régimen subsidiado la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, es decir, sin capacidad de pago, teniendo especial importancia dentro de este grupo, las madres durante el embarazo, parto y post parto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodista independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago (arts. 257, 212 y 213 ley 100/93).” (negrillas originales).

[87] Véase copia de su registro civil de nacimiento a folio 36 del cuaderno de instancia.

[88] El transporte debe ser el adecuado al estado de salud del paciente.

[89] Léase a folio 7 del cuaderno de instancia, el certificado médico del profesional tratante internista nefrólogo de la Unidad Renal de la Clínica Medilaser.

[90] Léase a folio 56 del cuaderno de instancia: "... en la necesidad de prestar los servicios médicos en instituciones que cuentan con los recursos tecnológicos necesarios e idóneos hemos decidido seguir autorizando los servicios al accionante en la CLÍNICA MEDILASER de Neiva, entidad que nos ha garantizado en auditoria que hemos realizado, cumple con los estándares necesarios para prestar los servicios de Nefrología, razones estas que en protección de los derechos fundamentales del accionante, solicitamos no nos obliguen a prestar estos servicios en la institución pretendida por el accionante, toda vez que si en virtud de dicho tratamiento el usuario tiene una recaída y/o fallece por la falta de salas de procedimientos, banco de sangre y salas de recuperación, en esa institución, a pesar de nuestros ruegos en ese sentido, queremos en este documento, deslindar cualquier tipo de culpabilidad o responsabilidad en una posible , investigación, reclamación o demanda por responsabilidad medica, toda vez que debo seguir redundando que en la actualidad la institución NEFROUROS en la ciudad de Pitalito no cuenta con los recursos necesarios para la práctica de la nefrología en esa ciudad."

[91] Folios 62 y 63 del cuaderno de instancia.

[92] Consúltese a información a folio 56 y 61 del cuaderno de instancia.

[93] Obra a folio 56 del cuaderno de instancia.

[94] Ver entre otras las siguientes sentencias: T-1019 de 2002, T-906 de 2002, T-861 de 2002, T-699 de 2002, T-447 de 2002, T-279 de 2002, T-113 de 2002.

[95] "Artículo 20. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa".

[96] Acorde con el certificado del médico tratante que obra a folio 56 del cuaderno de

instancia.

[97] El transporte debe ser el adecuado al estado de salud del paciente.

[98] Acuerdo 29 de 2011, art. 49.

[100] Artículo 156: “f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud recibirá una unidad de pago por capitación, UPC, que será establecida periódicamente por el consejo nacional de seguridad social en salud;”

Artículo 182: “De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación, UPC. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.” (negrilla fuera de texto original).

[101]

[102] En la Sentencia T-655 de 2006, la Corte consideró: “Observando las pruebas halladas en el expediente, se tiene que no existe acción u omisión por parte de las entidades demandadas que pongan en peligro los derechos fundamentales de los demandantes. Por un lado, no existe acto alguno que desvirtúe los derechos invocados por los actores, toda vez que estos ni siquiera han hecho la solicitud de refinanciación y reliquidación de los respectivos créditos directamente a las entidades accionadas, de tal forma que no es posible que se haya dado una respuesta a dicha pretensión contra la cual pueda alegarse efectos violatorios de derecho fundamental alguno.

En efecto, considera este tribunal que, antes de intentar por vía de tutela la reclamación que aquí se expone, lo que debieron hacer los accionantes fue hacer la solicitud respectiva

a las entidades competentes. Dentro del expediente del caso sub judice el escrito de petición no se evidencia, además de que tampoco se enuncia en la demanda que se hubiera intentado según los parámetros dados en el artículo 23 de la Carta Política. Si el acto de la autoridad pública es inexistente sería ilógico pretender, por vía de tutela, controvertir lo que no existe en el mundo jurídico.

[103] Sentencia T-883 de 2008: “Como fue indicado con anterioridad, en materia constitucional – para el caso del estudio concreto de constitucionalidad vía de amparo o tutela – existen unas causales legales específicas de procedencia e improcedencia contempladas en los artículos 5º y 6º del Decreto 2591 de 1991. Denegar la acción implica un análisis de fondo, mientras que la improcedencia supone la ausencia de los requisitos procesales indispensables para que se constituya regularmente la relación procesal o proceso y el juez pueda tomar una decisión de fondo sobre el asunto sometido a su consideración.

En este orden de ideas, ante la ausencia de un requisito lógico-jurídico esencial para que la relación procesal pudiera constituirse, el juez de instancia debió haber declarado improcedente la acción, mas resolvió denegar el amparo solicitado, lo que equivale a decir que, tras un análisis de fondo, la accionante no tenía derecho al amparo. De esta forma, la Sala revocará la sentencia de instancia y en su lugar declarará improcedente la acción interpuesta.”