

T-309-18

Sentencia T-309/18

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

LEY 1438/11-Reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, e instituyó un procedimiento “preferente y sumario”

En los eventos en los cuales se evidencia el desconocimiento de derechos fundamentales de una persona y se requiere de una mediación inmediata de la autoridad judicial, -como consecuencia de su particular situación-, el procedimiento jurisdiccional establecido en la Ley 1122 de 2007 y modificado por la Ley 1797 de 2016 carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener protección de sus garantías fundamentales.

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Naturaleza y alcance

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Carácter autónomo e irrenunciable

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Principios rectores

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios que se encuentran excluidos

SERVICIO DE TRANSPORTE COMO MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Marco normativo

SERVICIO DE TRANSPORTE COMO MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

GASTOS DE TRANSPORTE Y VIATICOS PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE-Reiteración de jurisprudencia

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Orden a EPS asumir los gastos de transporte y viáticos de accionante y acompañante

Referencia: Expediente T-6.660.325

Acción de tutela instaurada por la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco contra Savia Salud EPS

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Apartadó (Antioquia), al interior de la acción de tutela interpuesta por la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco en contra de Savia Salud EPS.

I. ANTECEDENTES

La señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco interpuso acción de tutela contra la empresa promotora de salud Savia Salud por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al acceso a la salud y a la vida digna con fundamento en los siguientes:

Hechos[1]

1. La accionante informó que tiene 51 años de edad, padece cáncer de cérvix y reside en el municipio de Apartadó (Antioquia). Asimismo, indicó que se encuentra vinculada al Sistema

General de Seguridad Social de Salud en el régimen subsidiado a través de la EPS Savia Salud como cabeza de familia y hace parte de la población nivel I del Sisbén.

2. Afirmó que como consecuencia de su enfermedad, desde hace 5 años se encuentra en tratamiento de oncología y quimioterapia que se lleva a cabo en la ciudad de Medellín (Antioquia) cada 15 días al cual asiste con un acompañante de acuerdo con lo ordenado por el médico tratante[2]. Sobre este punto señaló que debido a su precaria condición económica no cuenta con los recursos necesarios para asumir sus gastos de estadía, alimentación y desplazamiento, así como los de su acompañante.

3. Indicó que solicitó a la EPS accionada el reconocimiento de los gastos propios y los de su acompañante, sin obtener respuesta.

4. Adicionalmente, afirmó que no labora y, por lo tanto, depende económicamente de un familiar.

5. Por lo anterior, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la igualdad y, en consecuencia, que se le ordene a la EPS accionada asumir los gastos derivados de los desplazamientos de ella y su acompañante.

Trámite procesal

6. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) mediante auto del 30 de noviembre de 2017 avocó el conocimiento de la acción de tutela y ordenó notificar a la entidad accionada.

Respuesta de la EPS Savia Salud

7. La entidad accionada argumentó que el transporte para paciente ambulatorio que requiere traslado intermunicipal en razón de no encontrarse disponible en el lugar de la afiliación está cubierto con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica; sin embargo, es necesario que el usuario realice tal solicitud en la sede correspondiente de la EPS.

Adicionalmente, concluyó que el usuario cumple con los requisitos para acceder al servicio de transporte; no obstante, el costo del hospedaje y la alimentación se encuentran por fuera

del POS por lo que le corresponde a la Secretaría Seccional y Protección Social de Antioquia asumirlos de acuerdo con lo previsto en la Ley 715 de 2001, ya que de lo contrario se estaría induciendo a la entidad “a la comisión del delito de PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE y el Ad Quo incurriría en la figura de PECULADO POR USO”[3] como consecuencia de una inadecuada administración de los recursos destinados a la atención en salud de sus afiliados.

En suma, consideró que la EPS Savia Salud no vulneró los derechos fundamentales de la paciente. En consecuencia, solicitó que se declare la carencia actual de objeto por hecho superado ya que se están autorizando los servicios requeridos para recuperar su estado de salud y, a su vez, la falta de legitimidad por pasiva dado que los servicios de alojamiento y alimentación no son competencia de los recursos de subsidio “SSSYPSA”. [4]

Sentencia objeto de revisión

8. El 13 de diciembre de 2017, el Juzgado 2° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Apartadó (Antioquia) declaró improcedente la tutela al considerar que no se evidenciaba la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable y, en consecuencia, la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con la Ley 1122 de 2007, es la entidad competente para resolver tal controversia.

Pruebas que obran en el expediente

9. El expediente T-6.660.325 está conformado por dos cuadernos; el primero contiene la actuación de primera instancia surtida en sede de tutela por el Juzgado 2° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Apartadó (Antioquia) y el segundo recopila todas las actuaciones surtidas en sede de revisión –en adelante cuaderno principal-. En el cuaderno 1 obran las siguientes pruebas:

- i. Copia de orden médica del 10 de noviembre de 2017 expedida por “Medicáncer” que da cuenta de la solicitud de autorización de un acompañante y de los gastos de transporte y estadía de ambos para la práctica del procedimiento médico que se realiza en Medellín.[5]
- ii. Copia de justificación médica y solicitud de medicamentos no POS emitida por el

médico tratante del 10 de noviembre de 2017.[6]

iv. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco[8].

Actuaciones en sede de revisión

10. La Sala de Selección número tres[9] de la Corte mediante auto del 23 de marzo de 2018 ordenó seleccionar para revisión este asunto.

11. El Despacho sustanciador, con fundamento en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015[10], consideró necesario disponer de mayores elementos de juicio que permitieran esclarecer la situación fáctica, para ello, mediante auto del 7 de mayo de 2018 se ordenó:

“Primero: VINCULAR a la Secretaría Seccional y Protección Social de Antioquia para que, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación de este auto, se pronuncie sobre los hechos que dieron lugar a la acción de tutela, y allegue los medios probatorios que considere pertinentes para ejercer su derecho de defensa y contradicción. Para el efecto acompáñese copia de la demanda de tutela y del fallo de instancia[1]. Segundo: SOLICITAR a la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco la siguiente información: 1. Cuál es la fuente de sus ingresos y su monto. 2. Quiénes integran su núcleo familiar, si tiene personas a cargo, indicando cuántos y quiénes. 3. Si vive en un inmueble propio o debe pagar canon de arrendamiento, indicando, de ser este último el caso, cuál es su valor. 4. Cómo se traslada actualmente a sus citas médicas. 5. Si es dueña de bienes muebles o inmuebles, indicando, en caso positivo, cuál es su valor y la renta derivada de ellos. Tercero: SOLICITAR a la entidad “Medicáncer” que rinda un informe detallado que justifique la necesidad de un acompañante para los servicios de oncología y quimioterapia ordenados a la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco en la ciudad de Medellín Cuarto: SOLICITAR a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Apartadó (Antioquia) que informe si figuran vehículos a nombre de la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco. Quinto: SOLICITAR a la Oficina de Instrumentos Públicos de Apartadó (Antioquia) que informe si figuran bienes inmuebles a nombre de la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco.”[11]

Asimismo, en Auto del 30 de mayo de 2018, se solicitó al Instituto de Medicina Legal con sede en Apartadó (Antioquia) “revisar la capacidad de la señora Sonia Bertilda Berrocal

Ororzco para desplazarse por sí misma desde el municipio de Apartadó hasta la ciudad de Medellín para recibir tratamiento de quimioterapia y/o las terapias derivadas de dicho procedimiento –edema linfático.”[12]

12. En respuesta a dichos requerimientos se obtuvo la siguiente información:

(i) El 9 de mayo de 2018, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Apartadó (Antioquia) indicó que la accionante no figura como propietaria de bien inmueble sujeto a registro.[13]

(ii) El 15 de mayo de 2018, la entidad “Medicáncer” informó que: (a) el 10 y 11 de enero de 2018 la accionante tuvo su última evaluación en la institución, (b) ha sido tratada por cáncer de cérvix, (c) al momento de la consulta se encuentra sin enfermedad tumoral que tratar, (d) no recibe quimioterapia actualmente y, (e) como secuela del tratamiento de radioterapia presenta un gran edema linfático severo en miembro inferior derecho el cual le dificulta la marcha y el desplazamiento.

Adicionalmente, reconoció que el médico Juan Fernando Velásquez, especialista en dolor y cuidados paliativos, sugirió que por la limitación para la marcha requería apoyo de un tercero; sin embargo, aclaró que este no tiene las capacidades para determinar el grado de discapacidad[14].

(iii) El 16 de mayo de 2018, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Apartadó (Antioquia) indicó que la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco no tiene o ha tenido vehículos registrados en el municipio de Apartado.[15]

(iv) El 25 de mayo de 2018, la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social allegó memorial en el cual señaló que, de conformidad con el artículo 15 de la Resolución 5269 de 2017, “las EPS o las entidades que hagan sus veces deberán garantizar todos los servicios a los afiliados con los recursos que reciben para tal fin, en todas las fases de atención, para todas las enfermedades y condiciones clínicas, son que tramites de carácter administrativo se conviertan en barreras para el acceso efectivo del derecho a la salud.”[16]

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Problema jurídico

2. La situación fáctica planteada le exige a la Sala determinar los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Resulta idóneo y eficaz el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud para amparar el derecho fundamental a la salud de una persona que requiere trasladarse a un municipio distinto al de su residencia con el fin de recibir un tratamiento ambulatorio constante y no cuenta con los recursos para asumir los gastos derivados de dicho desplazamiento?

(ii) ¿La EPS Savia Salud vulneró el derecho fundamental a la salud y a la vida de Sonia Bertilda Berrocal Orozco, al no suministrarle el servicio de transporte, alojamiento y alimentación para ella y un acompañante, con el objetivo de lograr asistir a un tratamiento ambulatorio constante que requiere en la ciudad de Medellín, toda vez que dicha EPS no cuenta con el servicio médico en la ciudad de Apartadó?

Para resolver los problemas planteados, la Sala abordará los siguientes temas: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela cuando existen otros mecanismos ordinarios de protección (ii) el derecho fundamental a la salud; (iii) reglas jurisprudenciales para acceder a servicios no PBS; (iv) el servicio de transporte como un medio de acceso al servicio de salud; y (v) gastos de transporte y viáticos para el afiliado y su acompañante.

Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de protección. Reiteración de jurisprudencia

3. La acción de tutela, como un mecanismo jurisdiccional que tiende por la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de los individuos, se caracteriza por ostentar un carácter residual o subsidiario y, por tanto, excepcional; esto es, parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho como el que nos rige, existen procedimientos ordinarios para asegurar la protección de estos intereses de naturaleza

fundamental. Bajo ese entendido, se destaca que el carácter residual de este mecanismo obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias establecido por la Constitución y la Ley a las diferentes autoridades el cual encuentra fundamento en los principios de autonomía e independencia judicial.

Por lo anterior, y en consecuencia del carácter subsidiario de la acción de tutela, resulta necesario concluir que, por regla general, esta solo procede cuando el individuo que la invoca no cuenta con otro medio de defensa a través del cual pueda obtener la protección requerida.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido algunos eventos en los cuales la acción de tutela resulta procedente aun cuando exista otra vía, estos son, a saber:

“(i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; // (ii) Aún (sic) cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; // (iii) El accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas etc.) y, por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”[17].

En el caso del derecho a la salud, la Ley 1122 de 2007 en el artículo 41 previó un mecanismo para solucionar las controversias suscitadas entre los usuarios y las EPS con un procedimiento particular revestido de celeridad e informalidad, cuyo trámite está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud.

Dicha norma otorgó facultades jurisdiccionales a la superintendencia para que conozca y resuelva controversias relacionadas con: i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el POS; ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud, o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones que le competen; iii) la multifiliación dentro del sistema, y iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

Posteriormente, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 amplió las competencias jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, incluyendo las controversias que se relacionan con: i) la denegación de servicios excluidos del POS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; ii) recobros entre entidades del sistema y iii) pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. A su vez, determinó la naturaleza del procedimiento como preferente y sumario.

4. De otro lado, esta Corporación, en sentencias C-117[18] y C-119 de 2008 estudió la constitucionalidad del procedimiento y determinó que se encontraba de acuerdo con el ordenamiento jurídico superior; sin embargo, no se pronunció respecto de su idoneidad y eficacia

En ese sentido, en la actualidad los usuarios del SGSSS cuentan con un mecanismo, en principio, idóneo y eficaz para la protección y restablecimiento de los derechos que se encuentran afectados por la EPS; no obstante, recientemente la Corte ha concluido[19] que en la estructura del procedimiento se evidencian falencias graves que desvirtúan su idoneidad y eficacia, a saber:

(i) La inexistencia de un término dentro del cual las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deban resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. [20]

(ii) La imposibilidad de obtener acatamiento de lo ordenado.[21]

(iii) El incumplimiento del término legal para proferir sus fallos.[22]

(iv) La carencia de sedes o dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el territorio del país.[23]

Sobre el primer defecto de este mecanismo, advertido en la sentencia T-603 de 2015,[24] se concluyó que la inexistencia de un término para resolver el recurso de apelación implicaría que el trámite tenga una duración indefinida, lo cual, en casos de personas que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, deja en evidencia que el medio es inidóneo y carece de eficacia.

En relación con la segunda falencia, se observó que el legislador no previó un mecanismo a través del cual sea posible obtener el cumplimiento de lo ordenado, pues si bien la ley buscó remediar dicho vicio a través del artículo 25 de la Ley 1797 de 2016, en el cual dispuso que el incumplimiento de lo ordenado en dicho trámite judicial acarreará las mismas consecuencias que el desacato de una decisión de tutela, también omitió fijar (i) el procedimiento a través del cual se declarará el desacato, (ii) de qué manera se efectuará el grado jurisdiccional de consulta, y (iii) ante quien se surtirá dicha actuación.”[25]

Respecto de la tercera crítica, con base en una investigación realizada recientemente se demostró que la Superintendencia Nacional de Salud no ha logrado cumplir con el término legal de 10 días con el que cuenta para proferir sus decisiones, dificultando superar con celeridad las solicitudes de los peticionarios.[26]

Sobre la última falla, esta Corporación señaló que se debía tener muy presente la falta de sedes de la superintendencia de salud a lo largo del territorio nacional, en especial en aquellos lugares que se encuentran alejados de la capital y de las ciudades principales del país. Asimismo, comparó el acceso a la Superintendencia Nacional de Salud con la posibilidad de un peticionario para acudir a las autoridades judiciales, la cuales se encuentran en casi todos los lugares distantes.[27]

5. Adicionalmente, y como consecuencia de lo anterior, esta Corte en sentencia T-710 de 2017 estableció los criterios para determinar si la acción de tutela desplaza la facultad jurisdiccional conferida a la superintendencia de salud, estos son:

(i) la existencia de riesgos fundamentales de particular importancia como la vida, la salud o la integridad de las personas;

(ii) que el procedimiento previsto no lograría dar una respuesta efectiva a la solicitud -por ejemplo porque la pretensión no está comprendida por las facultades- o reviste tal grado de urgencia que, de no intervenir el juez de tutela, los intereses antes referidos se afectarían. Para efectos de valorar la idoneidad y eficacia deberá considerarse;

(iii) si en el domicilio del accionante no existen oficinas de la referida superintendencia o;

(iv) que el accionante no puede contar con acceso a internet para presentar el reclamo

judicial correspondiente y efectuar el seguimiento respectivo[28]. (Subrayado fuera del texto original)

En síntesis, en los eventos en los cuales se evidencia el desconocimiento de derechos fundamentales de una persona y se requiere de una mediación inmediata de la autoridad judicial, -como consecuencia de su particular situación-, el procedimiento jurisdiccional establecido en la Ley 1122 de 2007 y modificado por la Ley 1797 de 2016 carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener protección de sus garantías fundamentales.

El derecho fundamental a la salud

6. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12, estableció que “todo ser humano tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”[29] igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General n.º 14 del 2000 advirtió que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.” Permitiendo entender el derecho a la salud como “el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.”[30]

Asimismo, en el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurarles su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, constituye un derecho fundamental del cual son titulares todos los ciudadanos del territorio nacional y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado.

En cuanto a su connotación jurídica como derecho, se destaca que, dado el desarrollo jurisprudencial, específicamente desde la sentencia T-016 de 2007, se considera un derecho fundamental autónomo en los siguientes términos:

“(…) resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la

acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud – supuestamente no fundamental – con el derecho a la vida u otro derecho fundamental – supuestamente no prestacional.”

Asimismo, en respuesta a las observaciones contenidas en sentencia T-760 de 2008[31], la Ley 1751 de 2015, por una parte, en su artículo 2° reitera la irrenunciabilidad del derecho a la salud, así como el deber por parte del Estado de garantizar su prestación de manera oportuna, eficaz y con calidad; por otra, en su artículo 4 define al sistema de salud como “(...) el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud”.

En ese sentido, recientemente la Corte ha concluido que el Estado, las EPS, o las que hagan sus veces -IPS-, tienen una labor permanente de ampliación y modernización[32] en su cobertura con el fin de garantizar, de manera dinámica y progresiva el derecho a la salud en consonancia con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, la calidad en la prestación del servicio, accesibilidad, solidaridad e integralidad, a saber:

7. Principio de accesibilidad. La Ley Estatutaria de Salud[33] lo define de la siguiente manera: “los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información.”

Por su parte, este Tribunal, a propósito del desarrollo del derecho a la salud y con fundamento en la mencionada Observación General n.º 14 del Comité de Derechos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), ha expuesto que:

“En cuanto a los elementos enlistados no cabrían reparos, pues, resulta evidente que el Proyecto recoge lo contemplado en la Observación General 14, con lo cual, se acude a un parámetro interpretativo que esta Sala entiende como ajustado a la Constitución. En el documento citado, la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad se tienen

como factores esenciales del derecho. En sede de tutela y, sobre el punto, esta Corporación, ha reconocido el vigor y pertinencia de la Observación en los siguientes términos:

“(…) Ahora bien el derecho a la salud contiene una serie de elementos necesarios para su efectivo desarrollo[34], dentro de los cuales encontramos la accesibilidad al servicio. Esta Corporación[35] en aras de desarrollar por vía jurisprudencial el alcance y contenido del derecho a la salud, ha recurrido en diversas oportunidades a la Observación General Número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC). La cual en su párrafo 12 expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. (...)” (Sentencia T-585 de 2012.)[36]. (Las negrillas son del texto original).” [37]

En este sentido, es posible determinar la obligación que recae sobre las entidades promotoras de salud de cumplir la obligación estatal contenida en los artículos 48 y 49 de la Constitución de garantizar el acceso al servicio de salud y, en consecuencia, de brindar todos los medios indispensables para que dicha accesibilidad se materialice de manera real y efectiva evitando generar cargas desproporcionadas en cabeza de los usuarios.

8. Principio de integralidad. Esta directriz se refleja en el deber de las EPS de otorgar todos los servicios requeridos para recuperar el estado de salud de los usuarios pertenecientes al sistema con el pleno respeto de los límites que regulan el sistema de salud. En la sentencia T-760 de 2008 esta Corporación lo definió así: “(...) 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”.

En la misma línea, la sentencia T-277 de 2017 reiteró[38] 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](...)”

De acuerdo con dichos parámetros, la integralidad responde “a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que debido a la condición de salud se le otorgue una protección integral en relación con todo aquello que sea necesario para mejorar la calidad de vida de manera efectiva”.

Así, se concluye que el principio de integralidad consiste en mejorar las condiciones de existencia de los pacientes garantizando todos los servicios que los médicos consideren científicamente necesarios para el restablecimiento de la salud, ello en condiciones de calidad y oportunidad. Finalmente, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que impidan a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud.

9. Principio de solidaridad. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 48 y 95 de la Constitución, es uno de los pilares del sistema de salud y supone el deber de una mutua colaboración entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades orientadas a ayudar a la población más débil.[41]

Esta Corporación ha manifestado en sentencia C-529 de 2010 que: “La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social” (subrayado fuera del texto original).

Esto significa que el propósito común de proteger las contingencias individuales se realiza en trabajo colectivo entre el Estado, las entidades a las cuales se le adjudicó la prestación del servicio de salud y los usuarios del sistema, en otras palabras, los recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud deben distribuirse de tal manera que toda la población colombiana, sin distinción de su capacidad económica, acceda al servicio de salud.

Ahora bien, dada la variedad de insumos, procedimientos o servicios que pueden asegurar la materialización del derecho a la salud en sus distintas facetas, tanto el Estado, como las

EPS, deben garantizar a los usuarios del sistema su acceso tomando en cuenta las particulares condiciones económicas de aquellos.

De otro lado, como consecuencia de que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no posea recursos ilimitados, el acceso al derecho a la salud encuentra unos límites establecidos en el Plan de Beneficios; no obstante, ello no puede convertirse en una barrera para que las personas puedan acceder al goce real y efectivo del derecho. En otras palabras, argumentos de carácter administrativo no pueden prevalecer sobre los derechos de las personas ni ser un obstáculo ante la obtención de los servicios de salud[42].

Reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios de salud que se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud

10. En relación con los servicios incluidos y excluidos del Plan de Beneficios en Salud[43] - de ahora en adelante PBS-, antes llamado Plan Obligatorio de Salud, esta Corporación, como quedó visto, ha aplicado un criterio que vincula el derecho a la salud directamente con el principio de integralidad a fin de garantizar que las personas reciban en el momento oportuno todas las prestaciones que permitan la recuperación efectiva de su estado de salud, con independencia de su inclusión en dicho plan de beneficios.

Respecto de los servicios no incluidos dentro del PBS, la jurisprudencia constitucional ha establecido las siguientes reglas de interpretación aplicables para conceder en sede judicial la autorización de un servicio no incluido en el PBS[44]:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) con necesidad el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”.[45]

En ese orden, se infiere que si bien el servicio de salud encuentra unos topes, la jurisprudencia constitucional ha admitido que en los casos en los que el afiliado requiera un

servicio o un medio que no se encuentra cubierto por el PBS, pero la situación fáctica se acomoda a los requisitos anteriormente relacionados, es obligación de la EPS autorizarlos, en tanto prima garantizar de forma efectiva el derecho a la salud del afiliado.

11. Por otra parte, se advierte que la Corte, en sentencias como la T-970 de 2008 y T-260 de 2017, ha concluido que existe presunción de incapacidad económica en materia de acceso a los servicios de salud para personas que se encuentran afiliadas al Sisbén, ya que hacen parte de la población con menor ingreso económico. Sobre el particular se señaló:

“[c]uando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación.”

En ese sentido, se colige que las afirmaciones que realizan los usuarios del SGSSS sobre su capacidad económica están amparadas por el principio de buena fe, por lo cual, la negativa indefinida sobre la posesión de recursos económicos se presume veraz hasta que la EPS desvirtúe dicha presunción.

El servicio de transporte como un medio de acceso al servicio de salud

12. A continuación se hará un breve recuento legislativo y jurisprudencial del transporte:

En un comienzo, el servicio de transporte de pacientes no se trataba en el hoy llamado PBS; sin embargo, el parágrafo del artículo 2 de la Resolución 5261 de 1994[46] señalaba que, “(...) cuando en el municipio de residencia del paciente no cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria (...)”.

No fue sino hasta el Acuerdo 08 de 2009[47], expedido por la Comisión de Regulación en Salud[48], que se reglamentó el transporte y se incluyó en el Plan Obligatorio de Salud en los siguientes casos:

“ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y 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 de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Si en concepto del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente.”

Posteriormente, el Acuerdo 029 de 2011 derogó la anterior regulación eliminando el segundo párrafo y añadiendo el siguiente artículo:

“Artículo 43. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será 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”.

Luego, el artículo 126 de la Resolución 6408 de 2016, dispuso que el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación cubría el traslado acuático, aéreo y

terrestre ya sea en ambulancia básica o medicalizada en los siguientes supuestos:

“Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

- Entre IPS 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. Igualmente, para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio 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.

Asimismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe”.

13. No obstante, esta Corte[49], frente a las solicitudes de transporte elevadas por usuarios que requieren trasladarse a una ciudad distinta a la de su residencia para acceder al tratamiento médico prescrito, ha ordenado el cubrimiento del servicio de transporte y los correspondientes a la estadía cuando:

(i) La falta de recursos económicos por parte del paciente y sus familiares no les permitan asumir los mismos y (ii) de no prestarse tal servicio se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente.

Asimismo, frente a los gastos de transporte y estadía de un acompañante ha dispuesto que para su reconocimiento debe probarse que:

“(i) El paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”[50].

La creación de las reglas precedentes se originó como respuesta al objetivo de garantizar la

accesibilidad a los servicios de salud de todos los afiliados al SGSSS, ya que los diferentes planes de servicios preveían el transporte para aquellos pacientes que necesitaban atención complementaria o se encontraban en zonas donde se pagaba una UPC diferencial mayor[51], no así para el desplazamiento de los usuarios que requerían un tratamiento o servicio que no se encontraba disponible en el municipio de afiliación, que no constituía una urgencia certificada o no estaban hospitalizados.

Gastos de transporte y viáticos para el paciente y su acompañante. Reiteración de jurisprudencia

14. El reconocimiento de los gastos derivados del transporte y de los viáticos para el afiliado y para quien debe asumir su asistencia durante los respectivos desplazamientos también es un resultado de la aplicación de los postulados desarrollados en precedencia - integralidad, accesibilidad y solidaridad-. Para la Sala esta conclusión se infiere del desarrollo jurisprudencial hasta ahora abordado y del que a continuación se expondrá.

Pues bien, respecto de dicho servicio esta Corte en sentencia T-197 de 2003[52] estableció la procedencia del amparo a quien presentara una discapacidad mental como que no pudiera valerse por sí mismo y que correspondiera a un menor de edad o una persona de la tercera edad cuando se acreditaran los supuestos previstos en precedencia.

En sentencia T-003 de 2006, esta Corporación dispuso que la EPS accionada sufragara los gastos derivados del transporte al acompañante del solicitante, teniendo en cuenta las condiciones de este quien era una persona de la tercera edad, sin recursos para garantizarse la asistencia y con dificultades de desplazamiento.

En sentencia T-346 de 2009 la Corte amparó los derechos fundamentales de un menor de edad que requería trasladarse a una IPS en su mismo lugar de residencia ya que se acreditó que de no realizar el desplazamiento se afectaba el progreso de su recuperación, como que debido a su incapacidad dependía totalmente de un tercero para desplazarse y, a su vez, al constatarse que la familia de este no contaba con los recursos para sufragar los traslados.

En esa misma línea, en sentencia T-709 de 2011 se consideró 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 necesidad, cuando éstas (sic) implican el desplazamiento a un lugar distinto al de la residencia, debido a que en el sitio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y no pueda asumir los costos de dicho traslado.” También, se concluyó que se cubrirá el traslado de un acompañante, si su presencia y soporte se requieren para la recuperación así como el valor de los viáticos en una ciudad diferente a la de su residencia.

En providencia T-033 de 2013 la Corte estudió un acumulado de casos de los cuales, los expedientes T-3.596.502 y T-3.604.205 versaban sobre un menor de edad y una mujer de 50 años de edad que requerían, entre otros, el reconocimiento del servicio de transporte para la asistencia al lugar donde se les realizaban los controles, valoraciones y tratamientos de sus enfermedades, pues el menor residía en la vereda El Avispero y debía trasladarse hasta Neiva (Huila); por su parte, la señora residía en el municipio de Chinácota (Norte de Santander) y necesitaba desplazarse hasta la ciudad de Cúcuta, concluyéndose que a ambos accionantes les asistía derecho al reconocimiento del transporte tras constarse el cumplimiento de las subreglas jurisprudenciales.

Asimismo, en sentencia T-653 de 2016 se estudió la solicitud presentada por la madre de un menor de edad con diagnóstico médico de hipoxia perinatal y parálisis de ERB[53] el cual solicitaba que le fuese reconocido el servicio de transporte para el niño y un acompañante, ida y vuelta, desde su lugar de residencia hasta los diferentes centros de salud en los que se realizaba el tratamiento médico del niño. En esa ocasión, la Corte coligió que al acreditarse el cumplimiento de dichas reglas, se estaba ante una circunstancia que obliga al juez de tutela a garantizar el acceso del derecho a la salud, en virtud del principio de solidaridad.

En providencia T-062 de 2017 se analizaron los casos de dos personas que requerían el reconocimiento de los gastos de transporte desde su lugar de residencia hasta las IPS correspondientes para llevar a cabo sus tratamientos al igual que la necesidad de realizar dichos desplazamientos con un acompañante debido a sus patologías, los cuales fueron concedidos al corroborarse el cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento.

15. Ahora bien, en estas providencias se advierte que esta Corporación cuando analiza el reconocimiento de alojamiento y alimentación, toma en cuenta las reglas jurisprudenciales

anotadas en el acápite anterior para otorgar el servicio de transporte de los usuarios del SGSSS que requieren trasladarse a una ciudad distinta a la de su residencia para acceder al tratamiento médico prescrito:

(i) La falta de recursos económicos por parte del paciente y sus familiares no les permitan asumir los mismos y (ii) de no prestarse tal servicio se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente.

Cuando se requieren dichos servicios para un acompañante también se estudia que:

(iii) El paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (iv) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (vi) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado[54].

En el mismo sentido, esta Corte[55] ha establecido que si “la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento”. Concluyendo que tanto el transporte como los viáticos serán cubiertos por la prima adicional en áreas donde se reconozca este concepto; sin embargo, en los lugares en los que no se destine dicho rubro se pagarán con la UPC básica.

Así las cosas, cuando se presenta la remisión de un usuario a una institución de salud en una zona geográfica diferente a la de residencia, se deberá analizar si se adecua a los presupuestos estudiados en precedencia, esto es: (i) que el paciente fue remitido a una IPS para recibir una atención médica que no se encuentra disponible en la institución remitora como consecuencia de que la EPS no la haya previsto dentro de su red de servicios, (ii) el paciente y sus familiares carecen de recursos económicos impidiéndoles asumir los servicios y, (iii) que de no prestarse este servicio se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente.

Estas condiciones justifican el reconocimiento de los gastos de transporte para el afiliado y se entienden incluidas en el PBS de conformidad con lo establecido en precedencia.

Ahora bien, aquellas también serán tenidas en cuenta para reconocer los gastos por concepto de viáticos del afiliado, así como los derivados del transporte y alojamiento de su

acompañante, a las cuales se suma que “el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas” [56]; bajo el entendido de que el tratamiento legal de estos costos no son idénticos al del transporte del afiliado, en otras palabras, no se comprenden en el PBS.

Caso concreto

1. La señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco, quien reside en jurisdicción del municipio de Apartadó (Antioquia) interpuso acción de tutela para que el juez constitucional ordenara a la EPS Savia Salud el reconocimiento de los gastos de transporte y viáticos, tanto para ella como para su acompañante con el fin de asistir a los diferentes tratamientos que se le ordenan en la ciudad de Medellín (Antioquia).

2. De manera previa al examen de las exigencias para acceder a dicha pretensión, se analizarán los requisitos de procedencia del amparo, esto es, la legitimación por activa, por pasiva, la subsidiariedad y la inmediatez.

3. Sobre la legitimación por activa es necesario recordar que el artículo 86 de la Constitución Política estableció que toda persona puede presentar acción de tutela para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados. Al respecto, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 estableció lo siguiente:

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

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”

De lo anterior se concluye que la titularidad de la acción de tutela se encuentra, en principio, en cabeza del directamente afectado; sin embargo, esta puede ser interpuesta

por un tercero cuando: “(i) quien actúa es el representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados, (ii) el accionante es el apoderado judicial de aquel que alega sufrir un menoscabo a sus derechos, o (iii) el tercero actúa como agente oficioso[57]”.

En el caso bajo estudio, el extremo activo está integrado por Sonia Bertilda Berrocal Orozco quien se encuentra plenamente legitimada para presentar la acción de tutela, toda vez que actúa en defensa de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la igualdad.

4. Legitimación por pasiva, se concluye que la EPS Savia Salud es una entidad solidaria prestadora del servicio público de salud a la cual está afiliada la accionante en el régimen subsidiado como cabeza de familia. Por tanto, es la entidad que presuntamente debe prestar el servicio pretendido por la accionante.[58]

5. Sobre el requisito de inmediatez, la accionante interpuso la acción de tutela el 30 de noviembre de 2017, es decir, dentro de los 20 días siguientes a la solicitud del servicio de transporte ante la EPS[59] lo cual tuvo lugar el 11 de noviembre de 2017

6. Respecto del presupuesto de subsidiariedad, las condiciones particulares de la accionante, esto es, que se trata de una paciente que está superando un tratamiento de una enfermedad catastrófica, que pertenece a una población vulnerable desde el punto socioeconómico, y se encuentra ante la existencia de un riesgo para los derechos a la salud y la vida, exigen apartarse de la conclusión a la cual llegó el juez de instancia, quien pasó por alto dichas circunstancias a la hora de valorar la idoneidad y eficacia del otro medio de defensa, las cuales impedían descartar la intervención inmediata del juez de tutela. Asimismo, dicho funcionario no hizo un análisis detallado sobre las falencias que presenta el mecanismo ante la superintendencia, de las cuales existe un desarrollo jurisprudencial.

7. Ahora bien, de conformidad con los elementos probatorios aportados al expediente, esta Sala advierte que la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco, afiliada a la EPS Savia Salud a través del régimen subsidiado del SGSSS, se encuentra asistiendo a controles de cáncer de cérvix mas no está recibiendo tratamiento de quimioterapia[60]; sin embargo, la asistencia a dichos controles se realiza en una ciudad diferente a la de sus residencia[61] y, además, como consecuencia del tratamiento con radioterapia realizado, presenta un edema linfático

severo en miembro inferior derecho que le dificulta la marcha y el desplazamiento[62].

Se resalta que la enfermedad que padece la accionante, catalogada como catastrófica - cáncer de cérvix-, es una patología que requiere un seguimiento oportuno y continuo. Por consiguiente, precisa asistir a los controles ordenados por su médico tratante y, en razón de ello, necesita trasladarse desde su lugar de residencia en el municipio de Apartadó (Antioquia) hasta la ciudad de Medellín (Antioquia) donde se encuentra ubicada la IPS en la que se realiza dicho procedimiento médico.

Este desplazamiento se adecúa a lo previsto en el artículo 121 de la Resolución 5269 de 2017, ya que, como se estableció, el transporte debe ser costeado por la EPS en los casos en que los pacientes requieran un servicio incluido en el PBS que no se encuentra en el domicilio del paciente, servicio que se cubre por la prima adicional por dispersión geográfica o, en los casos en que no se reconozca este concepto, por la UPC general ya que es responsabilidad directa de la entidad velar porque se garantice la asistencia médica.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, el servicio de salud debe ser prestado libre de obstáculos que impidan su acceso, de manera que no solo sean suministrados los servicios de carácter médico, sino que además se cubran los medios que permiten acceder a tales atenciones cuando el paciente se encuentre en especiales situaciones de vulnerabilidad.

En consecuencia, en aquellos casos en los que el paciente requiera de transporte, a fin de recibir el correspondiente tratamiento médico, o como en este caso controles de su patología, en un lugar diferente al de su residencia, la EPS deberá sufragar tales gastos por adecuarse a lo previsto en la Resolución 5269 de 2017.

7. En suma, respecto del cubrimiento de los gastos de traslado y viáticos de la accionante y su acompañante, como se expuso, se acreditó que la accionante reside en el municipio de Apartadó (Antioquia) y fue remitida a una IPS ubicada en Medellín (Antioquia), esto es a una distancia aproximada de 6 horas[63], ello con el fin de asistir a controles del cáncer de cérvix que padecía. También se demostró que no cuenta con recursos económicos suficientes, en tanto pertenece al nivel I del Sisbén; información que la EPS Savia Salud no desvirtuó, lo que ratifica la presunción de veracidad que recae sobre dichas afirmaciones[64]. Asimismo, tanto la Oficina de Instrumentos Públicos como la Secretaría de Tránsito y Transporte de Apartadó (Antioquia) informaron que la solicitante no cuenta ni ha

contado con bienes muebles o inmuebles a su nombre lo que refuerza la carencia de recursos económicos.

De otro lado, se informó por parte del médico tratante que la accionante tiene una condición que exige el apoyo de un tercero para su movilización.[65] De igual manera, se advierte la distancia entre Apartadó y Medellín, Antioquia, es considerable, lo que dificulta el desplazamiento y retorno en el mismo día.

Así las cosas, se reúnen los presupuestos que determinan la procedencia de la solicitud de reconocimiento de los gastos derivados del transporte y viáticos de la accionante y su acompañante; costos que deben reconocerse hasta que se supere el diagnóstico establecido por el médico tratante de “edema linfático severo en miembro inferior” u otro que le dificulte la marcha.

8. Por lo expuesto, la Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Apartadó (Antioquia) y, en su lugar, se concederá el amparo de los derechos fundamentales a la vida y a la salud. En consecuencia, se ordenará a la EPS Savia Salud que cubra los gastos derivados de alojamiento, alimentación y transporte desde el lugar de residencia de la accionante hasta las instituciones donde se deben realizar los controles de oncología y quimioterapia ordenadas por el médico tratante de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 2° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Apartadó (Antioquia) el 13 de diciembre de 2017 dentro del proceso de tutela promovido por la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco contra la EPS Savia Salud por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS Savia Salud que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, asuma los gastos de transporte y viáticos de la señora Sonia Bertilda Berrocal Orozco y de su acompañante desde el municipio de Apartadó (Antioquia) hasta la ciudad de Medellín (Antioquia) mientras se supera el diagnóstico establecido por el médico tratante de “edema linfático severo en miembro inferior” u otro que le dificulte la marcha.

TERCERO: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-309/18

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-
Trámite que deben cumplir los profesionales de la salud para ordenar como servicio

complementario el transporte y viáticos de pacientes y acompañantes (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-6.660.325.

Magistrado Ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

En atención a la sentencia proferida por la Sala Octava de Revisión en el expediente de la referencia, presento Aclaración de Voto, en relación con la motivación del resolutivo segundo del fallo en mención, toda vez que en la sentencia no se realizó consideración alguna sobre el trámite que deben cumplir los profesionales de la salud para ordenar como servicio complementario, el transporte y los viáticos de los pacientes ambulatorios y de sus acompañantes.

Al respecto, téngase en cuenta que la Resolución 3951 de 2016 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, prescribe en su artículo 11 que el médico tratante, atendiendo las particularidades médicas contenidas en la historia clínica del afiliado, deberá establecer la necesidad y pertinencia del servicio complementario requerido[66].

En esa medida, el reconocimiento de los servicios de esta naturaleza que no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud PBS, además de la verificación de los aspectos normativos y jurisprudenciales debidamente constatados en el caso sub judice, requiere de la validación del cumplimiento del siguiente procedimiento:

- (i) El diligenciamiento de la prescripción a través de la plataforma diseñada por el Ministerio de Salud y Protección Social;
- (iii) La notificación al paciente de la decisión adoptada por la Junta de Profesionales de la Salud o el Comité Técnico Científico.

Con el debido respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Son extraídos de la acción de tutela.

[2] Cuaderno 1 folio 5.

[3] Cuaderno 1 folio 15.

[4] Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

[5] Folio 5, cuaderno 1.

[6] Folios 6 a 7, cuaderno 1.

[7] Folios 8 a 9, cuaderno 1.

[8] Folio 10, cuaderno 1.

[9] Integrada por los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Alejandro Linares Cantillo.

[10] “Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”.

[11] Folios 16 a 19, cuaderno principal.

[12] Folios 60 a 61, cuaderno principal.

[13] Folio 34, cuaderno principal.

[15] Folio 28, cuaderno principal.

[16] Folios 42 a 43, cuaderno principal.

[17] Sentencia T- 291 de 2014, la cual reitera las sentencias T-1012 de 2003, T-651 de 2004, T-768 de 2005, T-435 de 2006 y T-656 de 2006.

[18] En sentencia T-529 de 2017 se refirió que, “en Sentencia C-117 de 2008, la Corte evaluó el posible desconocimiento al principio de (i) imparcialidad e independencia en la administración de justicia, como producto de que, con ocasión a las facultades otorgadas, el ente que ejerce la vigilancia y control de las EPS. es el mismo que ahora entra a juzgarlas respecto de las controversias allí contempladas, y (ii) doble instancia, pues no se dispuso

expresamente la manera en que se impugnará lo decidido.// Por su parte, en Sentencia C-119 de 2008 se estudió si la norma en comentarios otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud competencias que constitucionalmente habían sido exclusivamente otorgadas a los jueces de tutela”.

[19] Al respecto, por ejemplo, sentencias T-603 de 2015, T-403, 425, 428, 529 de 2017 y T-020 de 2018

[20] Al respecto, entre otras, Sentencias T-728 de 2014, T-121 y T-603 de 2015, T-529 y 651 de 2017

[21] Ibidem.

[22] Sentencia T-403 de 2017.

[23] Sentencias T-425, T-651 y T-710 de 2017.

[24] Decisión en la que se exhortó al Congreso de la Republica para que regulará este aspecto con el fin de lograr asegurar la idoneidad como vía preferente y sumaria para la solución de las controversias surgidas en el marco de la prestación de los servicios de salud.

[25] Sentencia T-529 de 2017

[26] En la sentencia T-403 de 2017, reiterada en sentencia T-020 de 2018 se hizo mención a la investigación: “Facultad jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud para Servicios POS, no POS y exclusiones del POS”, realizada en el año 2016 por Natalia Arce Archbold, en donde se estudiaron 150 procesos adelantados por la Superintendencia Nacional de Salud en desarrollo de su función jurisdiccional, se encontró: ‘De los 150 fallos de los que se obtuvo la información completa, se tiene que desde la fecha en que se avocó conocimiento o desde que se admitió la solicitud de trámite hasta el momento en que profirió fallo: 1. El promedio fue de 271 días. 2. El menor tiempo que se tomó la Delegada para proferir fallo fue de 35 días. 3. El mayor tiempo que se tomó la Delegada para proferir fallo fue de 881 días. p. 7. Información autorizada por la investigadora para divulgación”.

[27] Sentencias T-651 y 710 de 2017

[28] Sentencia T-710 de 2017

[29] PIDESC 1966.

[30] Estos fundamentos normativos también fueron citados en la sentencia C-313 de 2014, por ejemplo.

[31] En dicha providencia se estableció que la salud “es un derecho fundamental autónomo en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”.

[32] Crf. T-579 de 2017

[33] Ley 1751 de 2015.

[34] El Comité DESC expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la “accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad.”

[35] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1087 de 2007, MP, Jaime Córdoba Triviño.

[36] En este mismo sentido, ver la Sentencia T-905 de 2005 y T-583 de 2007.

[37] C-313 de 2014.

[38] Cfr. Sentencias T-133 de 2001, T-136 de 2004, T-1059 de 2006, T-730 de 2007, T-228 de 2013, T-760 de 2008, T-289 de 2013, T-743 de 2014, T-421 de 2015 y T-036 de 2017.

[40] Cfr. T-1059 de diciembre 7 y T-062 de febrero 2 de 2006, T-730 de septiembre 13 de 2007, T-536 de julio 12 de 2007, T-421 de mayo 25 de 2007, sentencia T-228 de 2013 entre otras.

[41] Ver sentencias T-173 de 2012, T-447 de 2014, 706 de 2017, T-032 de 2018 y T-089 de 2018.

[42] Sentencia T-791 de 2014. Ver también sentencia T-575 de 2013, T-405 de 2017, entre

otras.

[43] Resolución 6408 de 2016

[44] Las cuales fueron delimitadas en la sentencia T-760 de 2008

[45] Sentencias T-760 de 2008, T-025 de 2014, T-124 de 2016, T- 405 de 2017, T-552 de 2017, entre otras.

[46] “Por el cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”

[47] Por el cual se aclararon y actualizaron integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado. Derogado por el acuerdo 029 de 2011.

[48] Conforme a lo ordenado en el numeral decimoséptimo de la sentencia T-760 de julio 31 de 2008

[49] En la sentencia T-467 de 2002 la Corte empezó a establecer la obligatoriedad del servicio del transporte del usuario por parte de la EPS cuando: “(i) se está ante el incumplimiento de la regulación sobre transporte de pacientes, que obliga a una EPS o a una ARS a prestar el servicio bajo ciertas circunstancias (ii) el paciente no pueda desplazarse por sus propios medios, ni su familia cuente con los recursos suficientes para ayudarlo a acudir a los servicios de la entidad prestadora de servicios de salud a la cual está afiliado (iii) tal situación ponga en riesgo su vida o su integridad, y (iv) pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, no existen posibilidades reales y razonables con los cuales poder ofrecer ese servicio”. Sin embargo, en sentencia T-1158 de 2001 ya se había ordenado el traslado en ambulancia de un menor discapacitado, desde su residencia hasta el lugar donde deben serle realizados los procedimientos de rehabilitación, pues, en este caso, la Corte consideró que se trataba de un menor inválido, con 84% de incapacidad, y estaba demostrada la falta de recursos económicos de la familia para asumir los costos del traslado.

[50] Cfr. Entre otras, T-161 de 2013, T-568 de 2014, T-120 y 495 de 2017.

[51] Por ejemplo, el párrafo, artículo 2 de Resolución 5261 de 1994

[52] En esta oportunidad esta Corporación concedió el servicio de transporte a un usuario del SGSSS quien padecía crisis epilépticas multifocales desde los 14 meses de edad. Lo anterior, dado que se acreditó la necesidad de un acompañante dada su patología y la incapacidad económica del accionante y su familia para sufragar los desplazamientos.

[53] La parálisis de ERB Duchenne “consiste en una parálisis de los nervios periféricos cervicales V y VI (C5 y C6), que forman parte del plexo braquial superior (monoparesia braquial)”.

[54] Cfr. Entre otras, T-161 de 2013, T-568 de 2014, T-120 y 495 de 2017.

[55] Cfr. T-487 de 2014 y T-405 de 2017

[56] Sentencia T-405 de 2017.

[57] Ver sentencias T- 531 de 2002, T-492 de 2006, T-552 de 2006, T-798 de 2006, T- 947 de 2006, T-301 de 2007, T-995 de 2008, T-330 de 2010, T-677 de 2011 y T-214 de 2014.

[58] Constitución Política, art. 86; Decreto 2591/91, art. 42

[59] Folios 1 a 9, cuaderno principal.

[60] Folio 25, cuaderno principal.

[61] Folio 5, cuaderno 1.

[62] Folio 23, cuaderno principal.

[63] folio 58, cuaderno principal.

[64] Ver, por ejemplo, sentencias T-861 y T-523 de 2002, T-260 de 2004 y T-260 de 2017.

[65] Folio 5 a 9, cuaderno 1.

[66] Asunto que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional, especialmente en la Sentencia T-706 de 2017.