

Sentencia T-464/12

DERECHO DE PETICION ANTE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Debe responder oportunamente y de fondo

HECHO SUPERADO-Concepto

Cuando durante el trámite de la acción de tutela o de su revisión en esta Corte sobreviene la ocurrencia de los hechos que demuestren que la vulneración de los derechos fundamentales, en principio a través de la instauración de la acción de tutela, ha dejado de ocurrir.

JUEZ DE TUTELA-Facultad de fallar extra y ultra petita

Para la Sala es claro que, dada la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra petita. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Servicio de transporte como medio especial para hacer efectivo el acceso a los servicios médicos en un lugar distinto a la residencia del paciente

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 esté obligada a sufragar.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-El no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, el cual deberá probar lo contrario/INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Carga de la prueba es de EPS demandada

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: 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.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Orden a EPS para autorizar los gastos de transporte para menor y su acompañante a otra ciudad

Referencia: Expediente T-3394627

Acción de tutela interpuesta por la señora Sandra Milena Parra Henao en contra de CAFESALUD E.P.S.S..

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012)

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

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Argelia (Valle del Cauca), en la acción de tutela instaurada por la señora Sandra Milena Parra Henao en contra CAFESALUD E.P.S. S..

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

1.1. La señora Sandra Milena Parra Henao promovió acción de tutela contra CAFESALUD E.P.S.S. por considerar vulnerado su derecho de petición.

1.2. Argumentó que el 13 de diciembre de 2011 presentó ante CAFESALUD E.P.S.S. sede Argelia (Valle) petición, solicitando la asignación de viáticos para su hijo y ella (paciente y un acompañante) con el fin de desplazarse de una región a otra.

1.3. Lo anterior, en razón a que su hijo de 4 años Andrés Estiven sufre de leucemia linfoblástica aguda riesgo alto de precursores B tipo común, lo que conllevó a que le ordenaran controles sucesivos mensuales en Cali. Agregó que ni su esposo ni ella cuentan con los medios económicos suficientes para desplazarse cada mes a dicha ciudad.

1.4. Finalmente, señaló que a la fecha de impetrar la acción de tutela, no ha recibido respuesta alguna por parte de la entidad, a pesar de que han pasado más de 15 días y el próximo control debe realizarse el 17 de enero de 2012. Por lo anterior, solicitó que se ordenara al representante legal de la entidad accionada “dar respuesta en el término perentorio e improrrogable de 48 horas o en el que su despacho defina para tal fin”¹.

2. Contestación de la demanda.

2.1. CAFESALUD E.P.S.S. solicitó declarar improcedente dicha acción debido a que la petición de la accionante tenía carácter patrimonial, y porque al menor se le vienen brindando los servicios médicos requeridos para el cuidado de su salud. Añadió que dicho insumo no hace parte del Plan Obligatorio de Salud conforme a lo establecido en el Acuerdo 29 de 2011, aclarando que el transporte es cubierto cuando se trata de movilizaciones interinstitucionales, esto es, de una institución de salud a otra y no como se está pidiendo, de la ciudad de residencia del afectado a la ciudad de Cali.

Agregó que en el área de auditoría médica le informaron a la actora que: “Cafesalud EPSS ha generado negaciones en cuanto a lo contenido en el POSS, es así como se ha autorizado todo el manejo requerido por el usuario atendiendo lo ordenado por el médico tratante de forma oportuna, con respecto al derecho de petición se le indicó de forma verbal el procedimiento a seguir con el diligenciamiento de los formatos CTC los cuales ya fueron radicados por el usuario en la oficina de Cafesalud EPSS y se encuentran en el momento en trámite. De igual manera se hace entrega de la respuesta del derecho de petición...”.

Por lo anterior, afirma que en el presente caso no existe vulneración al derecho de petición, toda vez que ya se dio la respectiva respuesta.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1. Única instancia.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Argelia (Valle del Cauca) mediante sentencia del 25 de enero de 2012, decidió negar la acción de tutela argumentando hecho superado, debido a que desapareció el soporte fáctico de la pretensión cuando la entidad accionada dio respuesta de fondo a la solicitante y se le comunicó que: “En atención a su solicitud nos permitimos informarles que el procedimiento solicitado se encuentra por fuera del POS para el régimen subsidiado, teniendo en cuenta que se trata de una patología de alto costo y con el fin de dar continuidad al tratamiento solicitamos diligenciar por parte de su médico tratante los formatos adjuntos para el respectivo trámite de estudio de aprobación por parte del Comité Técnico Científico de la EPS”.

III. PRUEBAS

De las pruebas que obran en el expediente se destacan:

- * Copia del derecho de petición (cuaderno original, folio 1 a 2).
- * Copia de la orden para control (cuaderno original, folio 3).
- * Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (cuaderno original, folio 4).

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

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

2. Problema jurídico.

De los hechos expuestos se deduce que la señora Parra Henao presentó una petición dirigida a CAFESALUD E.P.S.S., con el fin de que se le prestara el servicio de transporte para su hijo y un acompañante, dado que el procedimiento prescrito por el médico tratante requería el desplazamiento del menor de la población de Argelia (Valle del Cauca) a la ciudad de Cali.

El juez de instancia negó el amparo solicitado, por considerar que la accionante ya había obtenido respuesta a la petición, razón por la cual no existía objeto de pronunciamiento, concluyendo así que se encontraba en presencia de un hecho superado.

Con base en los hechos descritos corresponde a la Sala establecer si la respuesta que le dio la entidad accionada a la petición de la demandante constituye un hecho superado.

Igualmente, si existe la posibilidad de que el juez constitucional ordene la protección de derechos fundamentales eventualmente vulnerados, que no fueron invocados por la interesada en la presente solicitud de amparo.

Para abordar la problemática expuesta, esta Sala empezará por reiterar su jurisprudencia constitucional respecto (i) al derecho de petición, (ii) el hecho superado, (iii) las decisiones extra y ultra petita, (iv) la prestación del servicio de transporte en el sistema de salud, y (v) por último, se resolverá el caso concreto.

3. Derecho de petición.

La Constitución Política en su artículo 23 señala que “toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones

privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

La jurisprudencia de esta corporación ha sido reiterativa en señalar el alcance de este derecho, indicando que la respuesta a este tipo de solicitudes debe contener los siguientes lineamientos: (i) pronta y oportuna, (ii) resolver de fondo, de manera clara, precisa y congruente con la situación planteada por el interesado, (iii) y ser puesta en conocimiento del peticionario. Al no cumplirse con estos presupuestos, se estaría vulnerando el mismo³. Al respecto, la sentencia T-377 de 2000, expuso:

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

(...)

g) En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una

respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordenan responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.”

De otro lado, esta corporación en sentencia T-1006 de 2001 estableció que (i) la ausencia de competencia de la entidad ante quien se formula la petición no la exonera del deber de contestar y, (ii) la entidad pública debe notificar su respuesta al peticionario, ante la presentación de la misma⁴.

Por lo tanto, para satisfacer el derecho de petición, es importante que el interesado obtenga una respuesta pronta, de fondo, clara y precisa, dentro de un tiempo razonable que le permita, igualmente, ejercer los medios ordinarios de defensa judicial cuando no está de acuerdo con lo resuelto⁵.

4. Hecho Superado.

Conforme con el artículo 86 de la Constitución Política el objeto del amparo es la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que puedan llegar a ser violados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los eventos estipulados por la ley⁶.

Lo anterior, permite que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales que encuentre amenazados y ordene las actuaciones que resulten necesarias para la salvaguarda de los

mismos. Caso contrario sucede cuando la situación que vulneraba las garantías constitucionales ha cesado o ha sido enmendada y ya no existe motivo alguno que justifique un pronunciamiento de fondo. Al respecto este tribunal expuso:

“La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental presuntamente violado o amenazado, lo cual explica la necesidad del pronunciamiento del juez en sentido positivo o negativo. Ello constituye a la vez el motivo por el cual la persona que se considera afectada se dirige ante la autoridad judicial, de modo que si la situación de hecho de la cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en qué consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiere el juez caería en el vacío.”⁷.

El objeto jurídico de la acción de tutela es proteger los derechos fundamentales que hayan sido puestos en riesgo, por lo que cuando la causa que dio origen a dicha contingencia desaparece, debe entenderse que el hecho ha sido superado, dando como resultado una carencia actual de objeto para pronunciarse de fondo⁸.

Esta corporación ha entendido por hecho superado, lo siguiente: “... cuando durante el trámite de la acción de tutela o de su revisión en esta Corte, sobreviene la ocurrencia de hechos que demuestren que la vulneración de los derechos fundamentales, en principio informada a través de la instauración de la acción de tutela, ha dejado de ocurrir”⁹.

Al respecto la Corte Constitucional ha fijado algunos parámetros que se deben tener en cuenta en cada caso concreto con el fin de precisar si efectivamente se está en presencia de un hecho superado, tales son:

- “1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.
2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.
3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación

y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado.”¹⁰

También resulta importante precisar el momento en que el demandado adoptó los correctivos que pusieron fin a la vulneración del derecho invocado, esto es, si fue con anterioridad a la interposición del amparo o durante el trámite de la tutela.

5. Decisiones extra o ultra petita.

La Corte Constitucional ha estipulado que al ser la tutela un mecanismo de protección de los derechos fundamentales “... reviste al juez que conoce de ella de una serie de facultades que, en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, no posee. La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado por quien hace uso de este mecanismo, fallos ultra o extra petita. Prerrogativa que permite al juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental”¹¹.

Entonces, existe la posibilidad de que el juez de tutela pueda ordenar la protección judicial de uno o más derechos fundamentales que se encuentren presuntamente conculcados, así el accionante no lo hubiese pedido expresamente en la acción de tutela. Al respecto, en sentencia T-310 de 1995, sostuvo:

“Para la Sala es claro que, dada la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra petita. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales

fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho”.

(...)

En otro pronunciamiento esta Corporación señaló:

‘Recuérdese que en materia de tutela, el juez puede al estudiar el caso concreto, conceder el amparo solicitado, incluso por derechos no alegados, pues la misma naturaleza de esta acción, así lo permite. Es decir, el juez de tutela puede fallar extra y ultra petita’.”.

En conclusión, en materia de tutela, el juez al analizar el caso concreto puede fallar extra o ultra petita, si de los hechos que dieron origen al amparo se deriva la vulneración de un derecho fundamental diferente al alegado.¹²

6. Prestación del servicio de transporte en el sistema de salud.

Vale la pena advertir que conforme con el artículo 3313 del Acuerdo 008 de 2009¹⁴ el servicio de transporte hace parte del Plan Obligatorio de Salud (para los dos regímenes: subsidiado y contributivo), por ende las EPSS están en la obligación de prestar dicho servicio¹⁵.

Por otra parte, en el evento de que una entidad prestadora del servicio de salud niegue un medicamento, procedimiento o tratamiento que no se encuentra dentro del POS y esta denegación afecte algún derecho fundamental, el juez de tutela es competente para establecer si la negativa obedece a los parámetros establecidos en la jurisprudencia para inaplicar las normas en las que se basa la exclusión del sistema¹⁶. Al respecto, la sentencia T-760 de 2008, estableció que la esfera de la protección “no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiere con necesidad y comprometa en forma grave la vida y dignidad de las persona o sui integridad personal”.

Por ello, esta Corporación ha manifestado que si bien el servicio de transporte no es una prestación médica, la jurisprudencia constitucional lo ha considerado como un medio para acceder al servicio de salud¹⁷. Garantizarlo se torna obligatorio cuando su no prestación produce resultados graves respecto a la protección efectiva y real del acceso al servicio.

En relación a la obligación de otorgar el transporte por parte de la entidad prestadora de salud, este tribunal expuso:

“1.3. La garantía constitucional de acceso a los servicios de salud, implica que, además de brindarse los tratamientos médicos para proteger la salud de la persona, se deben eliminar las barreras que impiden la materialización efectiva del servicio. Esta Corte ha identificado que el transporte es un medio para acceder al servicio de salud, y aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones se constituye en una limitante para lograr su materialización, especialmente cuando las personas carecen de los recursos económicos para sufragarlo. Por ello, ha considerado 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 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’”.

El transporte es un servicio que, de conformidad con el Acuerdo 08 de 2009 emitido por la Comisión de Regulación en Salud¹⁸, se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, en los siguientes casos: (i) para el traslado en ambulancia entre instituciones prestadoras de servicios de salud de pacientes remitidos por otra institución, que no cuenta con el servicio requerido; (ii) cuando el paciente sea remitido en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad del prestador de salud, y según el criterio del médico tratante; y (iii) cuando se requiere el transporte de un paciente ambulatorio, en un medio diferente a la ambulancia, para que acceda a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia¹⁹.

La inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud no es absoluta, ya que no basta con que en el municipio donde reside el paciente no exista la prestación médica que requiere, para que los planes de salud cubran el traslado con la finalidad de acceder al servicio. Por ende, solamente los pacientes “ambulatorios” que se encuentren bajo los supuestos que señala la norma, pueden recibir efectivamente el servicio médico ordenado.

En los demás casos, cuando la carencia de recursos para sufragar el desplazamiento impide que una persona se traslade a una IPS para recibir un servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud; y en

consecuencia, corresponderá al Juez Constitucional aplicar la regla jurisprudencial para la procedencia del amparo para financiar el traslado, en los casos donde se acredite que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario²⁰”.

Sumado a lo anterior, esta Corte ha reconocido que:

Por otra parte, la Corte en sentencia T-073 de 2012 realizó una síntesis de los lineamientos normativos²² y jurisprudenciales que se han elaborado en torno al reclamo del servicio de transporte a través de tutela, siendo estas tres directrices las siguientes:

El primer evento se presenta cuando se encuentra incluido en el POS, por ello debe ser asumido por la EPS, así:

a. La remisión de un paciente en ambulancia por una IPS a otra, cuando la primera no tenga el servicio requerido.

a. La necesidad de trasladar el paciente en ambulancia para que le presten atención domiciliaria bajo la responsabilidad de la EPS y conforme con el criterio del médico tratante.

a. Cuando un paciente ambulatorio requiere acceder a un servicio que no se encuentre disponible en el municipio del lugar de residencia y por eso requiere ser transportado a través de un medio diferente a la ambulancia²³.

El segundo caso se presenta cuando se busca que la EPS ya sea del régimen contributivo o subsidiado, se encargue de los costos que demanda el traslado de un usuario para acceder al servicio médico; en ese caso el juez constitucional deberá comprobar, que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del

traslado y que (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.²⁴²⁵.

Lo expuesto se funda en el derecho que todos los individuos tienen de no encontrar barreras que obstaculicen el acceso a los servicios de salud que se requieren con urgencia, cuando ellos impliquen desplazamiento a un sitio diferente al de su residencia, por carecer su hábitat de instituciones en capacidad de prestarlos, y siempre y cuando, el afiliado no pueda asumir los costos del referido traslado²⁶.

En relación con la falta de capacidad económica por parte del paciente y sus familiares para pagar el valor del traslado²⁷ la sentencia T-022 de 2011, enseñó:

“(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.”.

Lo anterior, significa que al momento de acudir a la acción de tutela para reclamar el servicio

de transporte, en principio le corresponde al accionante y sus familiares poner en conocimiento su condición económica. Sin embargo, “si el solicitante del amparo aduce en la demanda no contar con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o del procedimiento excluido del POS, le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga por acreditada dicha incapacidad”²⁸.

Tal situación obedece a que las entidades prestadoras del servicio de salud maneja toda la información respecto de la situación socioeconómica de sus afiliados, por ello cuenta con la capacidad para controvertir o ratificar las aseveraciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica²⁹.

Igualmente, la jurisprudencia de la Corte ha señalado, que ante la carencia de otros medios de prueba³⁰, el hecho de que la persona se encuentre afiliada al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud, lo incorpora al grupo poblacional vulnerable, circunstancia que permite inferir su incapacidad económica, siempre y cuando ésta no haya sido desvirtuada por la entidad accionada³¹.

Finalmente, el tercer asunto es verificar si el paciente puede o no desplazarse por sus propios medios en razón a su estado de salud, en estos casos este Tribunal no sólo ha protegido la posibilidad de brindar el medio de transporte sino también que el traslado se haga con un acompañante cuando se requiera, toda vez que: “(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”³².

Respecto al tema de gasto de transporte esta corporación en sentencia T-085 de 2011, en la que la madre de un joven enfermo de cáncer solicitó a la E.P.S.S. que le brindara “el servicio de transporte, alimentación y estadía para él y un acompañante desde su residencia en la vereda La Estrella, Herveo (Tolima) hacia la ciudad de Bogotá donde fue remitido para el tratamiento de su enfermedad”, expuso:

“Para esta Sala, no son de recibo las excusas presentadas por la entidad accionada para negar los servicios que requería su afiliado, quien consideró que le correspondía al usuario el costo del desplazamiento para la práctica de los procedimientos y tratamientos autorizados

por ésta y que en caso de que el afiliado no contara con los recursos económicos para su traslado, debía acudir a la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima, para que cubriera los servicios no incluidos en el POS-S. En este sentido adujo, que las EPS-S deben solicitar a las entidades territoriales la atención de sus afiliados dentro de su red de prestatarios y en el caso de que se trate de servicios NO POS-S les corresponde trabajar armónicamente con la entidad territorial competente para la prestación de dichos servicios de salud. Sin embargo, subrayó que la responsabilidad en la prestación oportuna del servicio NO POS-S siempre se encuentra a cargo de la entidad territorial competente. Al respecto, cabe decir que la EPS-S Comfenalco falló de manera grave en la prestación del servicio solicitado, pues era su obligación autorizar el servicio de transporte que necesitaba el hijo de la actora, quien padecía de una grave enfermedad; y de manera negligente e inhumana, sumado a la inobservancia de la ley negó dicho servicio, cuando desde el pasado 1 de enero de 2010 éste ya se encuentra incluido dentro del POS para los dos regímenes (contributivo y subsidiado. (...) La Superintendencia Nacional de Salud y la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima intervinieron en el proceso de tutela para recordarle a la EPS-S Comfenalco que era su obligación asumir el traslado del paciente por ser un servicio incluido dentro del POS-S. Pero, se pregunta la Sala si su deber no traspasaba dicha esfera, y si una vez conocieron los hechos que motivaron la presentación de la acción de tutela, su actuación no debió ser más enérgica para que la EPS-S cumpliera con su obligación legal de suministrar los servicios requeridos. En el caso de la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima, debió proceder de inmediato a brindar los servicios NO POS-S que requería el hijo de la actora; situación ante la cual no deja de observarse negligencia y descuido en el cumplimiento de las obligaciones legales y, sobre todo, del deber de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.”.

En este orden de ideas, le corresponde al juez constitucional estudiar los supuestos fácticos y la condición particular de quien lo solicita para determinar si el requerimiento del servicio de transporte para el paciente y un acompañante es necesario, urgente y pertinente³³. Igualmente, analizar si el hecho de negar dichas pretensiones se constituye en obstáculo para acceder al servicio de salud de manera adecuada y eficiente, teniendo en cuenta la incapacidad económica de la actora y su núcleo familiar para asumirlo por sus propios medios³⁴.

7. Caso concreto.

7.1. De los hechos expuestos se tiene, que la señora Parra Henao presentó una petición dirigida a CAFESALUD E.P.S.S., con el fin de que se le prestara el servicio de transporte para su hijo y un acompañante, dado que el procedimiento prescrito por el médico tratante, implicaba su desplazamiento de la población de Argelia (Valle del Cauca) a la ciudad de Cali.

7.2. El juez de instancia negó el amparo solicitado, por considerar que la entidad ya había respondido de fondo a la accionante la petición incoada, razón por la cual no existía objeto de pronunciamiento, concluyendo así que se encontraba en presencia de un hecho superado.

-Hecho superado por carencia actual de objeto.

7.3. Conforme con las pruebas que obran dentro del expediente, se tiene que la actora interpuso la acción de tutela el 13 de diciembre de 2011, con el objeto de obtener respuesta a la petición, elevada a CAFESALUD E.P.S.S.

Con todo, obra en el expediente comunicación suscrita por la auditoria médica de esa entidad de fecha 19 enero de 2012, mediante la cual se le informa a la señora Huertas Henao que “el procedimiento solicitado se encuentra por fuera del POSS para el régimen subsidiado, teniendo en cuenta que se trata de una patología de alto costo y con el fin de dar continuidad al tratamiento solicitamos diligenciar por parte de su médico tratante los formatos adjuntos para el respectivo trámite de estudio de aprobación por parte del Comité Técnico Científico de la EPS”.

Con base en esto, el a quo le recibe declaración a la afectada, quien informa que ya se halla realizando los respectivos trámites.³⁵

7.4. Como se dijo, para satisfacer el derecho de petición no es suficiente la sola respuesta de la entidad, además, es necesario que la misma sea resuelta de fondo. En el presente asunto no aparece evidente la vulneración del derecho de la accionante, toda vez que obtuvo respuesta íntegra, que se le puso en conocimiento.

De lo que se concluye la improcedencia del amparo solicitado por haber desaparecido el objeto jurídico de su pretensión, configura un hecho superado. En consecuencia, se confirmará el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Argelia (Valle del Cauca) el 25 de enero de 2012.

-Facultad del juez constitucional para ordenar el servicio de transporte y un acompañante cuando sea necesario para la recuperación de la salud del paciente, así el accionante no lo hubiese pedido expresamente en el amparo de tutela.

7.5. Es importante recordar que la petente interpuso la acción de tutela contra la entidad accionada con el propósito de que le diera respuesta a una petición, en la que solicitaba que se le otorgaran viáticos para que el paciente como el acompañante se desplazaran de Argelia a Cali para asistir a los respectivos controles médicos.

Tal solicitud se fundamentó, en el hecho de que a su hijo Andrés Estiven Pedraza Parra de 4 años de edad, le diagnosticaron leucemia linfoblástica aguda riesgo alto de precursores B tipo común, y según el dictamen médico requería un proceso de quimioterapia oral y consulta externa de oncología pediátrica que tenía una duración de 18 meses, lo que implicaba una cita mensual para control del estado clínico del menor y el desplazamiento a Cali, careciendo su núcleo familiar de los recursos necesarios para costear el de él y el de su acompañante³⁶.

7.5.1. El servicio de transporte.

Para entrar a analizar este punto, es importante insistir, que todas las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud integral necesarios para recuperar su bienestar, hecho que puede implicar el servicio de transporte siempre y cuando cumpla con los siguientes lineamientos³⁷:

* Que ni el paciente ni su núcleo familiar cuenten con los medios económicos para costear el referido servicio y,

* Que en el evento de no poder acceder al medicamento, procedimiento o tratamiento, se atente contra “la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”³⁸.

A continuación se estudiarán dichos parámetros:

(i) Aparece en el expediente que ni el menor ni su familia cuentan con los recursos necesarios para asumir el traslado de Argelia a Cali para recibir los controles clínicos y

tratamientos médicos prescritos para su enfermedad. Lo anterior se infiere de las siguientes situaciones: (a) la accionante se encuentra afiliada al régimen subsidiado, así lo afirmó en el texto de la acción de tutela y fue reconocido por la entidad en su respuesta a la petición y, (b) porque la entidad demandada al contestar el derecho de petición y al sentar su posición sobre el amparo incoado en la tutela, no desvirtuó la afirmación de la demandante de carecer de medios económicos para sufragar dichos gastos.

(ii) De la negativa de la entidad de proporcionarle dicho servicio con base en que no se encuentra incluido en el POSS, ni existe orden médica que la autorice y que el municipio donde reside la accionante (Argelia) no existe cubrimiento³⁹, se tiene:

Respecto a las dos primeras razones esgrimidas por la entidad, cabe advertir a ésta, que si bien es cierto que el medio de transporte para el desplazamiento de los afiliados no es una prestación médica, la Corte en desarrollo de su jurisprudencia lo ha garantizado cuando la negativa de su suministro genera consecuencias graves que impiden o dificultan el acceso al servicio de salud. En el presente asunto resulta agravado en tanto el menor padece una enfermedad de las llamadas catastróficas⁴⁰ y no cuenta con medios económicos suficientes para sufragarlo.

En lo que atañe a la última razón, la Sala ha sido reiterativa en señalar que no es válida la argumentación de que no hay cubrimiento en cierto lugar, debido a que “la territorialidad del aseguramiento no constituye excusa constitucionalmente admitida para impedir el acceso de una persona a los servicios de salud que requiere”.⁴¹

Por lo que “[l]a 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 2010⁴²) 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”.⁴³

Por lo anterior, y teniendo en cuenta la gravedad de la enfermedad padecida por el menor, aparece evidente que ordenarle a la accionante realizar trámites administrativos para alcanzar el servicio de salud, constituyó y constituye barrera que impide continuar el urgente tratamiento que el paciente requiere para su mejoría. Por tal motivo, dicha entidad debió

ordenar el servicio de transporte con el fin que el menor no viera afectado su acceso al servicio de salud.

7.5.2. Remisión del paciente con un acompañante.

En el evento, que el paciente no pueda desplazarse por sus propios medios en virtud de su estado de salud u otras circunstancias y necesite de un acompañante, la jurisprudencia constitucional ha otorgado tal beneficio, cuando la persona:

- * Dependiera de un tercero para su traslado,
- * Requiera atención permanente para asegurar su integridad física y el ejercicio apropiado de sus labores diarias y,
- * Ni él ni su familia cuenten con los medios necesarios para cubrir el desplazamiento del tercero.⁴⁴

Así las cosas, se examinarán dichos requerimientos:

(ii) Aunado a lo anterior, y si bien la accionante al elevar la petición no indicó la naturaleza del padecimiento de su hijo, no escapa a la Corte que la leucemia requiere atención permanente, ni que la quimioterapia implica afectación tanto del estado físico como del anímico.

(iii) Respecto del último numeral, como ya se dijo ni el niño ni sus progenitores cuentan con medios económicos suficientes para asumir su desplazamiento a Cali para recibir el tratamiento médico requerido.

7.6. Por último, cabe recordar que tratándose de un menor de edad, la Corte Constitucional conforme con los artículos 4445 y 1346 de la Carta Política, en reiteradas ocasiones ha señalado que los niños y las niñas son sujetos de especial protección, por lo que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter preferencial en el evento de que se presenten conflictos con otros intereses⁴⁷.

Igualmente, este tribunal ha considerado que “el derecho a la salud de los niños y las niñas

tiene la naturaleza de fundamental. Por ello, la acción de tutela procede directamente para protegerlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía⁴⁸, 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 prioritaria⁴⁹.”⁵⁰.

7.7. Teniendo en cuenta lo anterior y con base en la facultad del juez de tutela para fallar más allá de las pretensiones iniciales de la peticionaria, y con el objeto de garantizar el acceso y la prestación del servicio de salud del menor de edad que es un sujeto de especial protección, la Sala ordenará a CAFESALUD E.P.S.S. que asuma los gastos de transporte del niño Andrés Estiven Pedraza Parra y un acompañante durante el tiempo que requiera el tratamiento médico.

V. 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 Política,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de enero de 2012 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Argelia mediante la cual declaró el hecho superado en cuanto al derecho de petición, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- CONCEDER la protección del derecho fundamental de acceso y prestación integral del servicio de salud y vida digna del menor Andrés Pedraza Parra Estiven.

Tercero.- ORDENAR a CAFESALUD E.P.S.S., que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo sufrague los gastos que demande el servicio de transporte del menor Andrés Estiven Pedraza Parra y un acompañante, entre la población de Argelia (Valle del Cauca) y la ciudad de Cali y viceversa, a fin de que asista a los controles y tratamientos mensuales que requiere su enfermedad, conforme a lo ordenado o prescrito por su médico tratante.

Cuarto.- LIBRENSE por la Secretaría General de esta Corporación las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno 1, folio 6 del expediente.

2 Cuaderno 1, folio 32.

3 Sentencia T-661 de 2010.

4 Sentencia T-661 de 2010.

5 Ídem.

6 Sentencia T-481 de 2010.

7 Sentencia T- 535 de 1992

8 Sentencia T-481 de 2010.

9 Sentencias T-307 de 1999, T-488 de 2005, T-630 de 2005, entre muchas otras.

10 Sentencia T-045 de 2008.

11 Sentencia T-886 de 2000.

12 Sentencia T-553 de 2008.

13 “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...”

14 “Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”

15 Sentencia T-085 de 2011.

16 Sentencia T-636 de 2010.

17 Sentencia T-760 de 2008.

18 Es importante señalar que este acuerdo fue derogado por el Acuerdo 028 de 2011 y este a su vez fue modificado por el Acuerdo 029 de 2011.

19 Cfr. Acuerdo 8 de 2009 de la CRES (Comisión de Regulación en Salud) artículo 34. [Es de aclarar que este fue derogado por el acuerdo 028 de 2011 y este último a su vez fue sustituido por el acuerdo 029 de 2011].

20 Esta regla jurisprudencia fue establecida en la Sentencia T-900 de 2000. La Corte Constitucional la ha utilizado en casos similares, por ejemplo en las sentencias T-1079 de 2001, T-1158 de 2001, T- 962 de 2005, T-493 de 2006, y recientemente en las siguientes sentencias: T-057 de 2009, T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

21 Sentencia T-550 de 2009.

22 Ley 100 de 1993, Acuerdo 008 de 2009 derogado por el Acuerdo 028 de 2011 y, este a su vez modificado por el Acuerdo 029 de 2011.

23 La sentencia T-073 de 2012 expone que “la clase de transporte a utilizar deberá ser acorde al estado de salud del paciente y al concepto del médico tratante”.

24 Esta regla jurisprudencia fue establecida en la Sentencia T-900 de 2000. La Corte Constitucional la ha utilizado en casos similares, por ejemplo en las sentencias T-1079 de 2001, T-1158 de 2001, T- 962 de 2005, T-493 de 2006, T-057 de 2009, T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

25 Sentencia T-073 de 2012.

26 Ídem.

28 Sentencias T-073 de 2012, T-906 de 2002, T-233 de 2011 y T-113 de 2002, entre otras.

29 Ídem.

30 Por ejemplo situación de empleo, extractos bancarios, etc.

31 Sentencia T-073 de 2012.

32 Sentencias T-636 de 2010, T-459 de 2007 y T-962 de 2005, entre otras.

33 Sentencias T-073 de 2012 y T-085 de 2011.

34 Sentencia T-073 de 2012.

35 Cuaderno de instancia, folio 27.

36 Ídem, folio 1.

37 Sentencia T-636 de 2010

38 Sentencias T-636 de 2010, T-550 y T-057 de 2009, entre otras.

39 Cuaderno de instancia, folio 15.

40 Sentencia T-085 de 2011.

41 Sentencia T-073 de 2012.

42 Ley 1122 de 2007 y orden número 29 de la sentencia T-760 de 2008.

43 Sentencia T-073 de 2012.

44 Sentencias T-636 de 2010, T-459 de 2007 y T-962 de 2005, entre otras.

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

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de

los demás”.

46 “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

47 Sentencias T-705 de 2011, T-391 de 2009 y C-041 de 1994.

48 Sentencias T-170 y 663 de 2010.

49 Sentencias T-964 de 2007 y T-170 de 2010.

50 Sentencia T-705 de 2011.