

Sentencia T-706/17

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-
Requisitos

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Contenido y alcance

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD-Accesibilidad económica, disponibilidad,
aceptabilidad y calidad

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y COMPONENTE DE ACCESIBILIDAD-Reiteración de
jurisprudencia

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

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE
TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia
Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

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

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Orden
a EPS asumir transportes ida y regreso de paciente y su acompañante, desde la residencia
hasta el lugar en que le son practicados los tratamientos médicos

Referencia: Expedientes T-6.302.110 y T-6.312.434

Acciones de tutela instauradas por Sobeiba del Carmen Baquero como agente oficiosa de
Damaso José Ávila Monterrosa (T-6.302.110) y Consuelo Baraona Ramírez (T-6.312.434),
ambas contra Saludvida S.A. E.P.S.-S.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, y Diana Fajardo Rivera y el magistrado Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos en única instancia que resolvieron las acciones de tutela incoadas por Sobeiba del Carmen Baquero como agente oficiosa de Damaso José Ávila Monterrosa¹ y Consuelo Baraona Ramírez, ² ambas contra Saludvida S.A. E.P.S.-S.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, las acciones de tutela de la referencia.³ De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Expediente T-6.302.110

Hechos y solicitud

1. La accionante, quien actúa como agente oficioso de su esposo Damaso José Ávila Monterrosa⁴, promovió la presente acción de tutela contra E.P.S.-S Saludvida al considerar que vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la integridad física y a la seguridad social de su esposo.

1. Manifiesta la accionante que su esposo de 61 años de edad, luego de presentar varias complicaciones médicas hace aproximadamente un año, lo que supuso en su momento la pérdida de sus funciones motrices, fue hospitalizado y valorado en el Hospital San Jerónimo de Montería, en donde le fue diagnosticada diabetes mellitus, hipertensión esencial, trombocitopenia no especificada, nefropatía e insuficiencia renal en estado terminal. Debido al avanzado estado de la enfermedad, se ordenó la realización de hemodiálisis como terapia de soporte vital⁵, con una frecuencia de tres veces por semana.

1. Al igual que su esposo, la accionante también es adulto mayor y debido a su precaria condición económica solo pueden asumir los gastos propios de su manutención, gracias al arriendo de una habitación de su vivienda, porque no cuentan con empleo formal.

1. Explica, que si bien solicitó a la EPS el reconocimiento de los gastos de transporte que deben asumir cada vez que acude con su esposo a las diálisis, la entidad de salud se ha negado, aduciendo que la asunción de dicha carga económica no se encuentra dentro de sus obligaciones.

1. Ante esta respuesta, la accionante manifiesta que debido a su difícil situación personal, dentro de poco tiempo le va a ser imposible a su esposo y a ella como su acompañante, seguir asistiendo a las hemodiálisis, con el grave riesgo que para su salud y vida supone la suspensión de la atención médica.

1. En vista de tal situación, y atendiendo al hecho de que son adultos mayores, sin recursos económicos suficientes, y que su esposo padece una enfermedad en estado terminal, pide que se ordene a su E.P.S.-S. que suministre los viáticos de transporte dentro de la ciudad de Montería, tanto para su esposo como para un acompañante, gastos correspondientes al servicio de taxi o el transporte que la misma E.P.S.-S. disponga. Aclara que tales viáticos de transporte deberán reconocerse para los traslados tres veces por semana desde el barrio

Nueva Belén Manzana L, Lote 11 hasta Davita S.A.S., lugar de la atención médica.

Intervenciones

1.7 El juez de primera instancia tras vincular a la Secretaría de Desarrollo de Salud de Córdoba y notificarle la acción de tutela, así como a la E.P.S.-S. Saludvida, para que en un plazo de dos días se pronunciasen al respecto, informó que el plazo anotado venció en silencio.

Pruebas que obran en el expediente

* Folio 7, constancia expedida el 2 de marzo de 2017 y suscrita por una trabajadora social de Davita S.A.S, en la cual manifiesta que el señor Damaso José Ávila Monterrosa inició tratamiento en dicha IPS el 3 de febrero de 2017 en la modalidad de hemodiálisis, asistiendo acompañado de un familiar los días martes, jueves y sábado en el tercer turno a las 4:00 p.m.

* Folios 8 y 9, fotocopia de las cédulas de ciudadanía tanto del señor Damaso José Ávila Monterrosa nacido 11 de agosto de 1956, como de la señora Sobeiba del Carmen Baquero, nacida el 19 de abril de 1956.

* Folios 10 a 15, Epicrisis elaborada por la médica nefróloga de la IPS Davita S.A.S., el 16 de febrero de 2017, en la cual se expone detalladamente la condición médica del señor Ávila Monterrosa.

Decisión judicial que se revisa

En sentencia del 3 de abril de 2017, el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Montería negó el amparo constitucional solicitado por la agente oficiosa del señor Ávila Monterrosa.

1.8 El juez de única instancia consideró que por regla general, el servicio de transporte no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, y que corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social reglamentar los casos en los que el servicio de transporte debe entenderse incluido en el POS. Es así como, mediante Resolución 5592 de 2015, dispuso que el traslado de un paciente en un medio de transporte distinto a una ambulancia, se encuentra previsto dentro del Plan Obligatorio de Salud, cuando (i) el usuario requiera acceder a un servicio POS y este no se encuentre disponible en el municipio en el que reside, en cuyo caso la EPS o quien haga sus veces deberán recibir una UPC diferencial o prima adicional para cubrir tal costo; (ii) cuando el paciente deba trasladarse a otro municipio distinto al de su residencia para recibir una atención en salud en los términos del artículo 10 de la Resolución 5592 de 2015, en el caso en el que si bien el servicio requerido por el usuario se encuentre disponible en su municipio de residencia, su EPS no lo contempla dentro de su red de prestadores. En este último supuesto, no se requiere UPC adicional.

1.9 Explica que en el mismo sentido se deberá incluir el transporte para un acompañante cuando quiera que el paciente (i) depende totalmente de tercero para su movilización; (ii) cuando el paciente necesita del cuidado permanente de un tercero para garantizar su integridad física y el cumplimiento de labores cotidianas; y, (iii) cuando ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte de ese tercero.

1.10 En virtud de lo anterior, y en tanto en la historia clínica del paciente no obra orden del médico tratante que sugiera que se requiere un transporte medicalizado o no, y visto que el actor y su esposa residen en el mismo municipio en el que se le presta la atención requerida, ello lleva a concluir que no se cumple la condición dispuesta en el marco regulatorio atrás anotado.

Finalmente, y atendiendo al principio de solidaridad, corresponde a la esposa y a la familia del accionante asumir los gastos de transporte al interior del municipio de Montería.

1. Expediente T- 6.312.424

Hechos y solicitud

1. La accionante Consuelo Baraona Ramírez⁶, quien es desplazada⁷ y reside en la vereda La Elena, en la vía que conduce de Ibagué al corregimiento de San Bernardo (Tolima), Hacienda La Ponderosa, señala que se encuentra afiliada desde el año 2013 al régimen subsidiado de salud, a través de la E.P.S.-S. Saludvida.

1. Desde hace cuatro años padece una insuficiencia renal crónica en estado terminal, por lo que debe asistir tres días a la semana al Instituto Fresenius Medical Care de la Unidad Renal de Ibagué, para someterse a las respectivas sesiones de hemodiálisis.

1. Durante todo el tiempo que ha asistido a su tratamiento, su entidad de salud no le ha proporcionado el transporte para ir y volver a su casa, situación que se le dificulta mucho, pues el valor del transporte asciende aproximadamente a \$80.000 pesos por semana, lo que equivale a \$320.000 pesos mensuales, monto que para ella es difícil asumir debido a que no cuenta con los recursos económicos para costear dicho gasto. Con todo, y ante la inaplazable necesidad de someterse a sus sesiones de hemodiálisis como tratamiento ininterrumpido e indefinido para garantizar su salud, debe buscar los recursos económicos para dichos traslados.

1. Expuesta así su situación personal, señala que la E.P.S.-S Saludvida ha vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud en conexidad con la seguridad social al no prestarle una atención integral. Solicita por ello, que se ordene a dicha entidad, que en las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia que se dicte, asuma el costo del servicio de transporte de ida y regreso desde su vivienda hasta el lugar de sus hemodiálisis, cada vez que las mismas le sean programadas.

Intervención de Saludvida E.P.S.-S.

En escrito recibido por el juez de conocimiento el 2 de mayo de 2017 dio respuesta a la acción de tutela en los siguientes términos:

1. La señora Consuelo Baraona Ramírez se encuentra afiliada a dicha entidad desde el 29 de marzo de 2010, y recibe la atención médica requerida.

1. La entidad no le ha vulnerado derecho fundamental alguno, pues siempre le ha prestado la atención médica a través de la IPS Fresenius Medical Care en la ciudad de Ibagué.

1. Aclara que la naturaleza de la EPS se limita a la prestación de servicios en salud conforme a la cobertura estipulada en la Resolución 6408 de 2016, por lo que solo le compete la entrega de medicamentos, realización exámenes, tratamientos médicos, práctica de valoraciones de primer nivel y valoraciones especializadas y/o sub-especializadas, por lo que cualquier otro servicio se encuentra excluido. Por ello, de ordenarse a la EPS asumir la prestación de algún servicio no incluido en el POS, supondría una indebida destinación de los recursos de la seguridad social en salud.

1. Señala que desafortunadamente el corregimiento de San Bernardo no cuenta con unidad renal, situación que a pesar de ser ajena a la voluntad de la EPS, llevó a ofrecerle a la accionante la atención por ella requerida en el municipio más cercano, en este caso, en la ciudad de Ibagué.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Resolución 6408 de 2016, el traslado de pacientes ambulatorios, solo se entenderá cubierto por el POS, cuando el municipio de afiliación del usuario reciba una UPC adicional, en cuyo caso se asumirá tal costo. Dichos costos de traslado serán asumidos cuando el paciente deba trasladarse de un municipio a otro, o cuando existiendo el servicio en su mismo municipio, la EPS no hubiere tenido en cuenta a dicho prestador dentro de su red de servicios.

1. Finalmente, en lo que respecta a la petición de un tratamiento integral, solicita que el juez de instancia no acceda a dicha pretensión toda vez que se estaría dando una orden de atención a futuro con carácter indefinido, sobre situaciones médicas inciertas, que en modo alguno podría ser objeto de una protección por esta vía, pues el amparo constitucional solo es viable respecto de vulneraciones o amenazas ciertas, actuales y/o inminentes, por lo que no se puede ordenar protección de derechos que no han sido conculcados.

Intervención de la Secretaría de Salud Departamental del Tolima

1. En escrito recibido el 5 de mayo de 2017, la citada entidad informa que corresponde a Saludvida E.P.S.-S. brindar la atención integral a sus afiliados y por lo mismo, autorizar los requerimientos en salud tal y como lo dispone el artículo 3, numeral 1° de la Resolución 6408 de 2016. De igual manera explica cuál es el procedimiento para la asunción de los costos en transporte de un paciente ambulatorio, para lo cual transcribe el artículo 127 de la citada resolución, el cual corresponde al contenido del fundamento 1.9 de estos antecedentes.

1. Finalmente, señala que en tanto las EPS son sociedades comerciales de carácter privado que prestan un servicio público y que hacen parte del SGSSS, se encuentran reguladas por el artículo 177 y siguientes de la Ley 100 de 1993, y el Decreto 1485 de 1994, por lo cual, la Secretaría de Salud Departamental no es superior jerárquico de las EPS y EPS-S, como tampoco de las IPS. Este ente territorial realiza funciones de inspección, vigilancia y control señaladas en el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, la Ley 1122 de 2007 y Ley 1438 de 2011. Por esta razón, solicita se desvincule a esta entidad de la presente acción de tutela.

Pruebas que obran en el expediente

* Folio 4, certificación del Jefe Administrativo de Fresenius Medical Care de Ibagué, de fecha 20 de abril de 2017 en la cual manifiesta que la señora Consuelo Baraona Ramírez es una

paciente que padece de insuficiencia renal crónica en estado terminal, y quien se encuentra en tratamiento de hemodiálisis en el segundo turno los días martes, jueves y sábado de 11.30 a.m. a 4.30 p.m., y que para el mes de marzo ha asistido a las sesiones de diálisis los días 4, 7, 9, 11, 14, 16, 18, 21, 23, 25, 28 y 30.

* Folio 5, fotocopia de la cédula de ciudadanía en la que se confirma que nació el 25 de noviembre de 1988 (29 años de edad para el momento de dictarse éste fallo), y en el espacio de firma se anota “NO FIRMA”. Se anexa igualmente fotocopia del carné de la E.P.S.-S Saludvida, en el que se constata que está clasificada en Sisben 1.

* Folio 6, documento de fecha 21 de septiembre de 2005 expedido por un funcionario de Acción Social, en el cual informa a las instituciones prestadoras de servicios de salud, que en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 2131 de 2003 del Ministerio de Protección Social, y en desarrollo de las acciones de la Unidad de Atención a la Población Desplazada por la Violencia, remite al señor Reinel Baraona y a su núcleo familiar para efectos de la atención en salud a que tienen derecho las familias desplazadas. De la lectura de tal documento se advierte que la accionante Consuelo Baraona Ramírez aparece registrada como hija del señor Reinel Baraona.

* Folios 7 y 8, informe médico expedido el 20 de abril de 2017 por Fresenius Medical Care y suscrito por un médico internista de dicha unidad en la ciudad de Ibagué, en el cual confirma que la accionante de 28 años de edad para el momento de la valoración médica, padece insuficiencia renal crónica, estado 5, terminal (enfermedad glomerular primaria, hipertensión renal, que incluye nefritis arteriolar arteosclerótica, intersticial, uremia renal crónica y nefrosclerosis crónica). Sometida a tratamiento de hemodiálisis.

* Folios 20 a 23. Circular externa 000017 del 17 de septiembre de 2015 de la Superintendencia de Salud, en la que se imparten instrucciones respecto de la facturación de

eventos o tecnologías NO POS.

* Folios 24 y 25 Resolución No. 01858 del 24 de julio de 2015 expedida por la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima, por la cual se adopta el procedimiento para la prestación de los servicios y tecnologías sin cobertura en el plan obligatorio de salud suministrada a los afiliados del régimen subsidiado y su reconocimiento y pago conforme lo señalado en la Resolución 1479 de 2015.

Decisión judicial que se revisa

En sentencia del 8 de mayo de 2017, el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué negó el amparo solicitado.

2.13 Tras exponer los fundamentos generales del derecho a la salud, concluyó que la entidad accionada está en el deber de suministrar el servicio de transporte cuando el usuario sea remitido a un municipio diferente de su domicilio, y cuando, ni el paciente, ni su familia cuenten con los recursos económicos para asumir dicho costo. No obstante, observó que la accionante vive en el corregimiento de San Bernardo, comprensión geográfica del municipio de Ibagué, lo que hace inviable acceder a su pretensión por estarse prestando el servicio dentro del mismo municipio.

2.14 Explicó que la distancia que debe recorrer para recibir la asistencia médica no es un obstáculo imposible de superar, y que a pesar que la enfermedad que aqueja a la actora es calificada como catastrófica, de la historia clínica no se evidencia que necesite cuidados especiales para trasladarse desde su casa a la institución de salud. Finalmente, consideró que los primeros llamados a cumplir con el deber de solidaridad son los familiares de la paciente.

II. CONSIDERACIONES

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es

competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia.

1. Problema jurídico

En consideración a los antecedentes planteados, y visto que en ambos procesos, las partes accionantes reclaman de la misma E.P.S.-S. Saludvida la asunción de los costos del servicio de transporte que les asegure la accesibilidad a la prestación de un servicio médico que requieren para el efectivo goce de sus derechos a la salud y la vida en condiciones dignas, debe la Sala plantearse el siguiente cuestionamiento:

¿Desconoce Saludvida E.P.S.-S., los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los accionantes Damaso José Ávila Monterrosa y Consuelo Baraona Ramírez, al negarse a cubrir los gastos de transporte entre su lugar de residencia y el centro médico en el que les son realizadas las hemodiálisis cada tercer día, al considerar que no está obligado a asumir los costos de un servicio cuyo cubrimiento no se contempla en los términos de la Resolución 6408 de 2016?

Para resolver el cuestionamiento planteado, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas hará el siguiente análisis: primero, expondrá los elementos que estructuran la figura jurídica de la agencia oficiosa; segundo, expondrá el concepto normativo y jurisprudencial del derecho a la salud, haciendo especial énfasis en los principios de integralidad y accesibilidad; tercero, hará referencia concreta a la regulación actual y a las reglas jurisprudenciales en torno a la cobertura de los costos de transporte para acceder a la atención médica ordenada; y cuarto, se analizarán los casos concretos.

1. La agencia oficiosa en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia

3.1 El Decreto 2591 de 1991 dispone en su artículo 10, la posibilidad de agenciar derechos en aquellos casos en los que el titular de estos no se encuentre en condiciones de solicitar el amparo de sus derechos por cuenta propia, circunstancia que ha de ser señalada de manera expresa en la misma acción de tutela. Esta actuación judicial encuentra plena validez en tres principios constitucionales, a saber: (i) la eficacia de los derechos fundamentales, lo que

obliga a la administración a ampliar los canales institucionales que aseguren la efectiva garantía de los derechos que se representan; (ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre los aspectos formales, según la cual deben simplificarse o eliminarse las actuaciones meramente procedimentales cuando quiera que estas violen derechos fundamentales o que la garantía de estos últimos no pueda hacerse efectiva; y (iii) el principio de solidaridad, por el que la sociedad tiene el deber de velar por la garantía y efectiva protección de los derechos ajenos, cuando el titular de los mismos no esté en capacidad de promover su propia defensa⁸.

3.2 En sentencia de unificación⁹, esta Corporación condesó las hipótesis en las que la agencia oficiosa es procedente al señalar lo siguiente:

“...el Decreto exige, como condiciones para que se configure la agencia oficiosa, la concurrencia de dos elementos: (i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales.”

3.3 De conformidad con lo expuesto, se entiende que se encuentran reunidos los presupuestos de la agencia oficiosa en materia de tutela, cuando quiera que se constate que los destinatarios de las medidas protectoras que habrá de adoptar el juez constitucional, son sujetos en estado de debilidad manifiesta, comprendiendo esta categoría a las personas que por su avanzada edad y quebrantos de salud no pueden emprender acciones encaminadas a salvaguardar sus derechos.

1. El derecho fundamental a la salud

4.1 Como la misma Constitución Política lo ha señalado en su artículo 49, la atención en salud

y el saneamiento ambiental son una responsabilidad a cargo del Estado, en cuanto a su organización, dirección y reglamentación para la adecuada prestación del servicio público de salud¹⁰ y dicha responsabilidad debe asumirse de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad. Se advierte así, que la norma constitucional es muy explícita en cuanto a la primera connotación jurídica de la salud en tanto servicio público¹¹. Es por ello, que en los términos del artículo 4° de la Ley 1751 de 2015 el sistema de salud “es 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”.

4.2 En cuanto a su connotación jurídica como derecho, la salud ha tenido un marcado avance jurisprudencial, pues inició como un derecho de desarrollo progresivo, que era amparable por vía de la acción de tutela cuando estuviese en conexidad con el derecho a la vida. Sin embargo, la evolución jurisprudencial de las decisiones de la Corte, advirtió que la fundamentalidad de un derecho no podía depender de la manera en que éste se pudiese materializar. En consideración a ello, la jurisprudencia constitucional reconoció el derecho a la salud como un derecho fundamental per se¹², permitiendo así, su protección a través de la acción de tutela ante la simple amenaza o vulneración del mismo, sin que para ello debiese estar comprometida o amenazada la vida. Es así como en sentencia T-016 de 2007¹³ se sostuvo lo siguiente:

“... la fundamentalidad de los derechos no depende - ni puede depender - de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.

4.3 Posteriormente, en sentencia T-760 de 2008¹⁴ la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, y afirmó que el derecho fundamental a la salud es 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”. Este desarrollo jurisprudencial puso fin a la interpretación restrictiva de la

naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

4.4 Con la expedición de la Ley 1751 de 2015¹⁵, el Legislador materializa la interpretación jurisprudencial que la Corte venía haciendo del derecho fundamental a la salud. Es así, como en su artículo 2° aterriza muchos de los aspectos que ya habían sido consagrados en la Constitución, como es su irrenunciabilidad y dispone que su prestación estará a cargo del Estado o de particulares autorizados para tal efecto, siempre bajo estrictos lineamientos de oportunidad, eficacia y calidad.

4.5 Pero la norma que más estructura jurídica imprime al derecho fundamental a la salud es el artículo 6° de la referida Ley 1751 de 2015. En efecto, en esta se condensan de la mejor manera, no solo las características fundamentales que debe tener el derecho a la salud, sino también los principios que estructuran su faceta como servicio público.

4.6 Así, el derecho fundamental a la salud es un derecho de contenido cambiante, que exige del Estado una labor permanente de actualización, ampliación y modernización en su cobertura, por lo que no es aceptable considerar que ya se ha alcanzado un grado de satisfacción respecto de su garantía. Para ello, es fundamental que el Estado garantice los elementos esenciales del derecho a la salud como son (i) la disponibilidad, (ii) la aceptabilidad, (iii) la accesibilidad y (iv) la calidad e idoneidad profesional¹⁶. A su vez, estos elementos deben estar siempre interrelacionados y su presencia deberá suponer la concomitancia de los mismos, pues a pesar de la independencia teórica que cada uno representa, la sola afectación de uno de estos elementos esenciales es suficiente para comprometer el cumplimiento de los otros y afectar en forma negativa la protección del derecho a la salud.¹⁷

4.7 Ahora bien, dentro del marco de regulación internacional sobre la materia, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) respecto del alcance del derecho a la salud. De manera textual, el aludido instrumento internacional prescribe lo siguiente:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental / Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho,

figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

4.8 Por su parte, y atendiendo al análisis del mismo tema, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece en su artículo 10, lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”

4.9 Se puede afirmar entonces, que la salud “es un derecho humano fundamental e

indispensable para el ejercicio de los derechos humanos”¹⁸. Y ello tiene sentido, pues el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano¹⁹. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influyen sobre las condiciones de vida de cada persona y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible.²⁰ Por tal motivo, la protección y garantía del derecho a la salud impacta sobre otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la dignidad humana, y por supuesto la vida, entre otros.

4.10 Ahora bien, como se dijo al comienzo de éste acápite, el derecho a la salud además de elementos esenciales, también encuentra sustento en principios igualmente contenidos en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, dentro de los que de manera especial sobresalen los de pro homine²¹, universalidad, equidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad, entre otros.

4.11 De otra parte, para que el derecho a la salud pueda alcanzar su más alta y efectiva protección, debe asegurar una oferta de servicios en salud para la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de todas aquellas patologías que afecten a la persona. Ello permitirá al usuario de tales servicios médicos, reclamar la prestación y atención requerida para lograr restablecer su salud, o en su defecto para reducir su nivel de sufrimiento.

4.12 Lo anterior supone en consecuencia, que la prestación del servicio de salud debe darse en todos los ámbitos que el derecho requiere, iniciando con la atención previa a la enfermedad (etapa preventiva), durante la misma (etapa curativa) y con posterioridad a esta (etapa paliativa), y siempre ligada a un cubrimiento integral y continuo. En efecto, la norma legal dispone lo siguiente:

“Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

4.13 En atención a la referida norma, la importancia del principio de integralidad radica en que cualquier norma que reglamente el derecho a la salud y las prestaciones que de éste se deriven, deberán corresponder a una prestación completa y eficiente en materia de salud, lo que implica una más amplia y mejor atención médica en todas las etapas de prestación de los servicios médicos (preventiva, curativa y paliativa), sin que dicha atención se pueda fragmentar, asegurando de esta manera una mayor protección y garantía al titular de tal derecho. Sin embargo, no siempre la interpretación normativa o regulatoria resulta fácil, y es frente a estas situaciones de duda, que interviene el principio pro homine, del cual ya se hizo mención. La importancia de éste principio radica en que ante cualquier duda respecto a la interpretación de las normas que regulan o reglamentan la prestación de los servicios de salud ofrecidos a los usuarios, siempre se optará por aquella en la que prevalezca la garantía y protección del derecho, incluso en los casos en los que se presuma que la atención médica reclamada pueda no estar cubierta por el sistema de salud. En efecto, el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 dispone que: “En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

4.14 Ahora bien, en el evento en que el juez constitucional imparta una orden de atención integral con el fin de proteger el derecho a la salud de una persona, el contenido de tal orden deberán ser claro, expreso, puntual y concreto.²² De lo contrario, si la decisión judicial no tiene las características enunciadas y se advierte como vaga en su contenido, ello podría acarrear que su cumplimiento se torne imposible en cualquier supuesto²³, e incluso a que se llega a considerar que la entidad promotora de salud no tiene voluntad de cumplimiento. Además, una providencia judicial en la cual se impartan órdenes puntuales y concretas con el fin de asegurar una atención integral y protección del derecho a la salud, supone igualmente la prestación de un servicio público de salud bajo los estrictos lineamientos de necesidad, especialidad, responsabilidad, y proporcionalidad²⁴.

Adicional a los anteriores principios, resalta otro que se ha identificado como el de

accesibilidad, cuyo contenido se pasa a explicar en razón a las circunstancias particulares de los casos objeto de este pronunciamiento.

1. Principio de accesibilidad en el derecho a la salud

5.1 Uno de los principios que sustentan el derecho a la salud, como derecho fundamental es el de la accesibilidad. Este principio encuentra su primer marco normativo en la Observación General núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU²⁵, la cual desarrolla el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En dicha observación, se dispone que para alcanzar el más alto nivel de garantía y disfrute del derecho a la salud, la accesibilidad, junto con la aceptabilidad, disponibilidad y calidad son elementos esenciales del derecho a la salud. Sobre el primero de ellos se precisan las características que lo identifican:

“b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i. No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

i. Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a

las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

i. Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

i. Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad”.

5.2 En este orden de ideas, cualquiera que sea el tipo de barrera o limitación que suponga una restricción a la efectiva prestación de servicios en salud que requiere un usuario, implica la afectación de su derecho a la salud y un obstáculo injustificado al pleno goce del mismo, especialmente si ese usuario es una persona en condición de vulnerabilidad, en cuyo caso debe ser objeto de una protección especial constitucional.

5.3 En el marco de la legislación colombiana, el elemento esencial de accesibilidad planteado en los términos de la citada Observación General núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU se encuentra replicado en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, el cual señala de manera puntual, que “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”.

5.4 Ahora bien, una de las limitantes existentes para el efectivo goce y protección del derecho a la salud consiste en la dificultad que tienen las personas cuando deben trasladarse desde su residencia hasta el centro médico donde les será prestado el servicio de salud requerido, toda vez que algunos procedimientos pueden no tener cobertura en la zona geográfica donde habita el usuario, o incluso a pesar de estar disponible en el mismo lugar de su residencia, les resulta imposible asumir los costos económicos que supone el transportarse hasta el centro de atención médica. En consecuencia, éste tipo de restricciones no pueden convertirse en un impedimento para obtener la atención de su salud, especialmente si se trata de sujetos de especial protección constitucional como lo son las personas de la tercera edad, o quienes se encuentran en extrema vulnerabilidad en razón a su condición de salud o por corresponder a personas que han sido víctimas del desplazamiento forzado entre otros casos.²⁶

5.5 Esta especial garantía de acceso material al servicio impone al Estado, el deber de liberar de esas cargas públicas de orden administrativo o económico, a quienes no están en capacidad de soportarlas. Es así como en la misma Ley 1751 de 2015, el artículo 11, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 11. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.

5.6 Esta Corporación ha recordado que todas las personas tienen derecho a recibir la asistencia médica que requieran para mantener un buen estado de salud y recuperarse, lo que puede conllevar incluso a reconocerles el servicio de transporte, (i) siempre que ni el paciente ni sus familiares cuenten con los recursos económicos para cubrir dichos costos, y (ii) cuando el tratamiento o medicamento al que se busca acceder sea necesario para no poner en riesgo la salud o la vida del usuario.²⁷

5.7 De igual manera si el paciente necesita ser acompañado por un tercero, se verificará que requiera de su ayuda para movilizarse y para realizar sus actividades cotidianas. También, se confirmará que ni el paciente ni sus familiares cuenten con los recursos económicos para pagar los gastos de transporte del tercero.

5.8 En relación con este último factor, esta Corte ha sostenido que las entidades prestadoras de servicios de salud disponen de información acerca de la condición económica del paciente, datos a partir de los cuales puede inferir si éste puede o no cubrir los costos de los servicios que reclama. Es por ello, que dichas entidades de salud deben a partir de tal información, valorar la posibilidad que uno de sus usuarios esté o no en capacidad de asumir la carga económica que supone el o los servicios médicos que reclama. En este sentido, esta Corporación ha señalado que en el caso de quienes han sido clasificados en el nivel más bajo del Sisben²⁸, es decir, en nivel 1, y quienes se encuentran afiliados al régimen subsidiado en salud, dicha incapacidad económica habrá de presumirse.²⁹

5.9 En el evento en que el usuario en salud afirma no tener la capacidad económica para asumir los costos que implica una atención en salud, el juez constitucional habrá de tener por cierta dicha afirmación. Con todo, se podrán considerar otros aspectos de la condición socioeconómica de esa persona, ya sea para confirmarla o establecer su nivel de ingresos, como son (i) estar en condición de desempleo, (ii) ser un sujeto de especial protección constitucional, y (iii) contar con ingresos mensuales menores al salario mínimo, o si contando con ingresos superiores al salario mínimo, el acceso a los servicios de salud comprometa sumas considerables de sus ingresos, que puedan poner en riesgo otros derechos fundamentales como el mínimo vital.

1. El transporte en el sistema general de seguridad social en salud. Regulación y fundamentos jurisprudenciales

6.1 En desarrollo de los lineamientos dispuestos por la Ley 1751 de 2015, el servicio de transporte se integró dentro del Plan de Beneficios en Salud -PBS-.

6.2 En efecto, mediante la Resolución 6408 de 2016, el Ministerio de Salud y Protección Social modificó y actualizó integralmente el Plan de Beneficios en Salud -PBS- y entre sus

disposiciones contempló en los artículos 126 y 127, los aspectos regulatorios concernientes al servicio de transporte tanto en el régimen contributivo como subsidiado. Al respecto las citadas normas disponen lo siguiente:

1 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.

2. 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.”

“ARTÍCULO 127. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica. PARÁGRAFO. Las Entidades Promotoras de Salud -EPS- o las entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la Entidad Promotora de Salud -EPS- o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la Entidad Promotora de Salud -EPS- o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial.”.

6.3 Aun cuando Resolución 6408 de 2016 incorporó determinados servicios de transporte, para el caso de pacientes ambulatorios contemplados en el citado artículo 127, la lectura de la disposición lleva a considerar que el servicio de transporte con cargo a la UPC no se

encuentra contemplado en los siguientes supuestos:

i) cuando el traslado del usuario en ambulancia u otro medio de transporte sea intra-urbano; como tampoco,

ii) cuando se reclame el desembolso del dinero de los costos de la remisión y de la estadía del paciente con un acompañante al lugar de la prestación del servicio de salud, ya sea dentro o fuera del municipio de residencia del afiliado o beneficiario.

6.4 Así pues, en los anotados supuestos el servicio de transporte no está incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS). Sin embargo, lo anterior no quiere decir que en estos casos el transporte esté excluido del cubrimiento por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues de conformidad con la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751/15) que recientemente entró en vigencia, las exclusiones deben ser expresas. Ahora bien, no siendo el transporte un servicio propio del ámbito de la salud, de conformidad con la nueva reglamentación expedida por el Ministerio debe ser entendido como un “servicio complementario”, lo mismo que los costos de acompañante. Para su cubrimiento deberá agotarse el trámite contemplado para tal efecto en la Resolución 3951 de 2016 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, en especial en su artículo 11, que dispone el procedimiento a seguir para que estos servicios o tecnologías complementarias puedan ser atendidos. Así:

“Artículo 11. Prescripciones de servicios o tecnologías complementarias. Cuando el profesional de la salud prescriba alguno de los servicios o tecnologías complementarias, deberá consultar en cada caso particular, la pertinencia de su utilización a la Junta de Profesionales de la Salud que se constituya de conformidad con lo establecido en el siguiente capítulo y atendiendo las reglas que se señalan a continuación:

1. La prescripción que realice el profesional de la salud de estos servicios o tecnologías, se hará únicamente a través del aplicativo de que trata este acto administrativo.

2. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud — IPS, una vez cuenten con el concepto de la Junta de Profesionales de la Salud, deberán registrar la decisión en dicho aplicativo, en el módulo dispuesto para tal fin.

3. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un

profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud — IPS que cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, la solicitud de concepto se realizará al interior de la misma.

4. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud — IPS que no cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, o por un profesional habilitado como prestador de servicios independiente, deberá dar aplicación a lo dispuesto en la presente resolución y la entidad encargada del afiliado solicitará el concepto de una Junta de Profesionales de la Salud de su red de prestadores.”

6.5 Este trámite implica que el médico tratante, atendiendo las particularidades médicas contenidas en la historia clínica del afiliado, establezca la pertinencia del servicio complementario requerido. Si su dictamen es positivo, deberá ser consultado con la Junta de Profesionales de la Salud, la cual determinará si dicho servicio se autoriza o no, atendiendo para ello lo dispuesto en los artículos 23 a 26 de la Resolución 3951 de 2016³⁰. Además, esta gestión deberá tramitarse por vía del aplicativo dispuesto para tal efecto por el mismo Ministerio de Salud al cual hace referencia el artículo 5 de la referida Resolución 3951 de 2016, más conocido como MIPRES (Mi Prescripción)³¹. Todo lo anterior, en el eventual caso en que la entidad territorial en salud respectiva haya adoptado este procedimiento de gestión, pues el MIPRES es optativo para las entidades territoriales del régimen subsidiado, tal y como lo dispone el artículo 91 de la citada Resolución 3951 de 2016.³² En caso contrario, es decir, en el supuesto en que no se haya migrado al nuevo sistema de información, deberá el médico tratante impartir la orden médica correspondiente y ponerla a consideración del Comité Técnico Científico, para que éste, en los términos de la Resolución 5395 de 2013, le imprima el trámite de correspondiente³³.

6.7 Ahora bien, en sede de revisión, antes de la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria de Salud, la Corte consideró que las E.P.S. de cualquiera de los regímenes debían asumir los costos de transporte de sus afiliados únicamente en los eventos en que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos contaran con los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y (ii) de no efectuarse la remisión se pusiera en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.³⁴

6.8 Las órdenes judiciales impartidas por esta Corporación se dieron en casos en los que el

transporte solicitado era entre municipios o al interior del mismo municipio en que residía el afiliado. En tales decisiones no se entró a determinar de manera puntual y específica el tipo de transporte que se debía utilizar, pues en estos casos la Corte siempre ha estado atenta a ofrecer la mejor garantía y efectiva protección al usuario en salud, todo ello condicionado a sus necesidades en salud y complejidades médicas por él expuestas o de acuerdo a las exigencias médicas que en un eventual caso su médico tratante haya sugerido.³⁵

7. Casos concretos

7.1 Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

7.1.1 De la legitimación por activa

El artículo 86 de la Constitución dispone que cualquier persona puede recurrir a la acción de tutela cuando considere vulnerados sus derechos fundamentales, y no disponga de otro medio judicial idóneo y efectivo para la protección de los mismos. De esta manera quien promueva la acción de tutela lo podrá hacer ya sea de manera directa, como titular de los derechos conculcados, o excepcionalmente a nombre de otra persona, en calidad de agente oficioso “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.³⁶

En el caso del expediente T-6.302.110 se hizo por vía de la figura de la agencia oficiosa, en la que la señora Sobeiba del Carmen Baquero promovió acción de tutela en nombre de su esposo Damaso José Ávila Monterrosa.

Por su parte el caso del expediente T-6.312.424 la tutela se tramitó en forma directa por la señora Consuelo Baraona Ramírez. En ambos casos se alega la vulneración de sus derechos a la salud y a la vida digna.

En el primero de los casos, puede considerarse que la condición médica del señor Damaso José Ávila Monterrosa, la cual comprende una serie de patologías que afectan de manera importante su calidad de vida, lleva a suponer que la actuación que su esposa promueve a su nombre tiene validez. En efecto, las complicaciones derivadas de la insuficiencia renal en etapa terminal, los trastornos metabólicos del calcio y fosforo, la hipertensión arterial esencial, la diabetes mellitus especificada como consecuencia de las complicaciones renales,

sumado a las dificultades de movilidad que la accionante señaló en la acción de tutela, demuestran la dificultad para que su esposo, pueda por su propia cuenta interponer la presente acción constitucional, y que ella busque atender la necesidad de representarlo en la reclamación de la garantía de sus derechos fundamentales. De esta manera no existe duda alguna en cuanto a que se cumple a plenitud con el requisito de la legitimación por activa, dando alcance de esta manera, al principio de autonomía que rige su interposición.

En el segundo de los casos, la accionante Consuelo Baraona Ramírez interpone la acción de tutela de manera directa, por lo que no existe duda sobre el cumplimiento de éste requisito de procedencia, en tanto es ella la paciente que debe asumir los costos de los transportes.

7.1.2 De la legitimación por pasiva

El mismo artículo 86 Superior dispone que la acción de tutela pueda ser promovida contra (i) autoridades públicas o (ii) contra aquellos particulares previstos por la Constitución y la ley³⁷, cuando quiera que estos por su acción u omisión vulneren o amenacen los derechos fundamentales de una persona.

Así, para acreditar el cumplimiento del requisito de la legitimación por pasiva deben verificarse dos condiciones: (i) que la acción de tutela se promueve contra uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión³⁸.

De esta manera, en los casos objeto de esta sentencia, los accionantes promueven acción de tutela en contra de la misma E.P.S.-S. Saludvida, la cual ofrece la prestación de servicios médicos en los municipios de residencia de los accionantes. Así, para el caso del señor Ávila Monterrosa, éste reside en la ciudad de Montería, lugar en el que se encuentra afiliado a la referida E.P.S.-S. Saludvida, la cual está encargada de su atención médica por vía de la IPS Davita, como prestador autorizado del servicio público en los términos del inciso primero del artículo 49 Superior. Igual sucede con la accionante Baraona Ramírez quien reside en una vereda cercana al municipio de Ibagué, lugar en el cual la entidad accionada asume la prestación de los servicios requeridos a través de la IPS Fresenius Medical Care ubicada en la ciudad de Ibagué.

Se encuentra de esta manera cumplido en ambos casos, el primero de los requisitos.

En cuanto al segundo de los requisitos que concierne a si la conducta de la E.P.S.-S. Saludvida genera la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de los accionantes, cabe anotar que tanto en el caso del señor Damaso José Ávila Monterrosa como en el de la señora Consuelo Baraona Ramírez, la negativa de la entidad de asumir el pago de los costos de transportes, entre el domicilio de los accionantes y los centros médicos en donde son atendidos cada tercer día para practicarse las respectivas hemodiálisis, compromete seriamente sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y al mínimo vital.

En efecto, si bien los lineamientos normativos generales relativos a la asunción de los costos de transporte por cuenta del SGSS plantea una regla general de no cobertura cuando el mismo es intra-urbano, las reglas jurisprudenciales expuestas en el presente fallo señalan que cuando se encuentra plenamente demostrada la incapacidad económica del accionante y su círculo familiar para asumir el costo de dicho transporte, la carga de la prueba se invierte, y será la entidad prestadora de servicio de salud quien demuestre la disponibilidad de recursos por parte del accionante para asumir dichos costos. Además, la complejidad médica a la que se encuentran expuestos los accionantes, en la que su patología renal crónica en fase terminal es muy delicada, permite suponer que el no asistir de manera periódica, regular e indefinida a sus procesos de hemodiálisis no solo atenta de manera directa contra su derecho a la salud, sino que además, compromete su propia existencia. Por ello, la negativa de la E.P.S.-S. Saludvida en asumir el costo de traslado de sus afiliados para que puedan acceder al servicio médico por ellos requerido, podría vulnerar de manera directa los derechos fundamentales anotados, al constituirse este aspecto en una barrera al acceso al servicio de salud.

Por esta razón, esta Sala encuentra cumplido este segundo requisito.

7.1.3 De la inmediatez

Otro de los requisitos esenciales de procedibilidad de la acción de tutela es su interposición dentro de un término razonable, contado a partir del momento en que se generó la vulneración o amenaza, o desde que ésta fue conocida por la parte afectada. Ello se debe al hecho que éste mecanismo de protección constitucional es un instrumento cuya aplicación inmediata y urgente (CP art. 86) asegura la efectividad concreta y actual del derecho cuyo

ejercicio pleno se ha visto conculcado o amenazado³⁹. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el principio de inmediatez⁴⁰. Por ello, al acudir a la acción de tutela, ha de hacerse de manera oportuna, pues una reclamación tardía desvirtuaría por completo el nivel de efectividad jurídica que le caracteriza. En efecto, la utilización de la acción de tutela a destiempo vicia la necesidad de una protección urgente, efectiva e inmediata, pudiendo incluso convertirse en un factor de inseguridad jurídica, que puede comprometer derechos de terceros⁴¹.

En consideración a lo anterior, es claro que en ambos casos no existe duda alguna del cumplimiento del requisito de inmediatez, pues el hecho que motiva la reclamación de los accionantes se repite cada tercer día de la semana, cuando deben buscar de cualquier forma los recursos económicos para costear el transporte que les permitirá acceder a la atención médica que materializa la efectiva protección de sus derecho a la salud.

7.1.4 De la subsidiariedad

Tanto el artículo 86 de la Constitución, como el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, así como la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴², han dispuesto, que la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección excepcional de derechos fundamentales, de carácter subsidiario y residual, cuya procedencia solo es viable si (i) no existe otro medio judicial para proteger del derecho fundamental alegado como vulnerado o amenazado; (ii) a pesar de existir otros medios o acciones judiciales de protección, éstos no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho reclamado; y (iii) cuando teniendo estas acciones judiciales ordinarias la posibilidad de dar una solución integral, resulta de todos modos necesaria la intervención transitoria del juez constitucional, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.⁴³

De esta manera, no resulta aceptable para esta Corporación que se haga una valoración genérica de la eficacia e idoneidad de un mecanismo ordinario de defensa judicial, pues a este nivel de análisis, todos los mecanismos judiciales ofrecen una garantía mínima de protección a los derechos constitucionales. Por esta razón, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la eficacia en la protección ofrecida por un medio ordinario de defensa judicial debe mirarse a la luz de las exigencias propias del caso concreto, para determinar si éste puede brindar una protección integral e inmediata de los derechos fundamentales cuya

protección se reclama⁴⁴.

Es por ello que las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para decidir algunas controversias entre las entidades prestadoras de servicios de salud, o entre estas y sus afiliados, permitiéndole resolver de manera breve y con atribuciones similares a las de un juez, asuntos en los que se encuentre comprometido o amenazado el derecho a la salud de una persona.⁴⁵

No obstante, y a pesar que el proceso que se tramita a través de la Superintendencia Nacional de Salud se somete a las reglas de todo proceso judicial como son la publicidad, economía, celeridad⁴⁶, eficacia, prevalencia del derecho sustancial y debido proceso, su idoneidad y eficacia se ven comprometidas al intentarse la segunda instancia, pues el trámite de ésta etapa procesal no fue regulada por Legislador⁴⁷. Es por ello, que la acción de tutela surge como el mecanismo judicial más idóneo y eficaz para asegurar la protección material de los derechos fundamentales.⁴⁸

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido en varias de sus decisiones, que resulta inapropiado y una carga pública insoportable para el particular, el remitir las actuaciones que ya se han adelantado por vía de la tutela para que sean resueltas por dicha Superintendencia, pues la demora que supondría la reiniciación de un trámite podría conducir al desamparo de los derechos, en especial en aquellos casos en los que se encuentren en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, con lo cual se expone a esos particulares a la ocurrencia de un perjuicio irremediable.⁴⁹.

Aclarado este punto, se puede afirmar entonces que para los accionantes la posibilidad de acudir a la Superintendencia de Salud como opción para reclamar la protección efectiva de su derecho a la salud no es viable, dada la inaplazable necesidad de obtener una pronta atención frente a un servicio, que si bien no es propiamente de carácter médico, si incide de manera importante en que dicha atención médica les sea efectivamente prestada. Además, la gravedad de la patología que los aqueja, y en nivel de deterioro en su sistema renal conlleva a que la acción de tutela surja como la opción más adecuada para garantizar sus derechos fundamentales.

7.2 Presentación del caso del expediente T-6.302.110

El señor Ávila Monterrosa, quien cuenta con 61 años de edad y reside en la ciudad de Montería, presenta serias limitaciones físicas como la diabetes y en especial la insuficiencia renal crónica que le fue diagnosticada hace un año y que se encuentra en su fase terminal. Reclama la protección de sus derechos a la salud y a la vida, por considerar que dada su condición personal y familiar le resulta imposible seguir asumiendo los costos que supone el transporte desde su vivienda hasta el centro de atención médica Davita IPS en la misma ciudad de su residencia, lugar al cual debe acudir cada tercer día para que le sea realizada una hemodiálisis, procedimiento médico pertinente que le asegura una cierta calidad de vida y una adecuada atención en salud.

Tal y como lo explicó su esposa, quien actúa en la presente acción de tutela como su agente oficiosa, su condición de desplazados y personas clasificadas en Sisbén 1, permite presumir su incapacidad económica para solventar todas sus necesidades. De igual manera, y a efectos de demostrar su limitada fuente de recursos económicos, en la misma demanda de tutela explican que sus ingresos derivan del alquiler de una habitación de su vivienda. Además, advierte que no cuenta con un empleo estable, en buena medida debido a que la delicada condición de salud de su esposo Damaso José, la lleva a disponer de tiempo para su cuidado, y sumado al hecho de que por ser personas de más de 60 años de edad, la posibilidad de acceder al mercado laboral es realmente mínima.

Es bien sabido que la hemodiálisis busca beneficiar la salud y calidad de vida de quienes se someten a este procedimiento médico. Sin embargo en su práctica se presentan igualmente efectos secundarios de menor o mayor impacto (cansancio, mareos, baja de tensión, calambres, etc.) 50, cuya atención debe ser igualmente atendida por el sistema de salud, además de requerir en algunos casos el acompañamiento de un tercero o familiar, si el médico tratante lo prescribe como necesario.

En el presente caso, vista la nueva reglamentación para el cubrimiento de los servicios complementarios, la Sala revocará la decisión de primera y única instancia, para en su lugar amparar los derechos del accionante. Para ello ordenará al médico tratante que evalúe la necesidad de transporte y acompañante que tiene el accionante, y si lo estima necesario, lo ordene y lo prescriba a través del aplicativo MIPRES, para que luego sea sometido a evaluación de la Junta de Profesionales de la Salud, de conformidad con lo establecido en la Resolución 3951 de 2016. Si dicha Junta conceptúa favorablemente, la EPS deberá cubrir

estos servicios complementarios, pudiendo recobrar estos valores ante la entidad territorial respectiva. Si la entidad territorial no se ha sometido al sistema de información del MIPRES, será entonces el médico tratante quien ponga su orden médica a consideración del Comité Técnico Científico de conformidad a lo dispuesto en la Resolución 5395 de 2013.

Con todo y mientras este trámite se surte por cualquiera de las vías atrás señaladas, la Sala de Revisión ordenará a la E.P.S.-S Saludvida, que en las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, asuma el transporte del señor Damaso José Ávila Monterrosa y su acompañante de ida y regreso desde su residencia hasta el lugar en que le son practicadas las hemodiálisis. Este cubrimiento en transporte se hará de manera transitoria y con la frecuencia que su tratamiento lo exija, hasta cuando se dé una solución de fondo de acuerdo al trámite aquí señalado. La EPS podrá igualmente recobrar los costos en que incurra en cumplimiento de la orden judicial aquí impartida.

7.3 Presentación del caso del expediente T-6.312.434

La señora Consuelo Baraona Ramírez, de 29 años de edad, desplazada, clasificada en Sisben 1 y quien de acuerdo a su documento de identidad no firma, fue diagnosticada hace cuatro años con insuficiencia renal crónica en estado terminal. Como afiliada a la E.P.S.-S. Saludvida viene siendo atendida en la IPS Fresenius Medical Care del municipio de Ibagué, lugar al cual debe desplazarse cada tercer día para asistir a sus sesiones de hemodiálisis, como única opción médica disponible para tratar su enfermedad y garantizar su salud y su vida, dado el nivel de evolución de dicha patología.

Ahora bien, atendiendo a su particular situación personal, debe anotarse inicialmente que ella reside en la vereda La Elena en la vía que va del municipio de Ibagué y conduce al corregimiento de San Bernardo, más específicamente en la Hacienda La Ponderosa. Esta situación de no vivir en el casco urbano del municipio de Ibagué, lugar en el que le es prestada la atención médica por ella requerida, le impone una carga económica que le resulta insoportable, pues si bien el citado corregimiento hace parte de la comprensión municipal de Ibagué, la distancia que ella debe recorrer le implica asumir los costos de un transporte que excede su capacidad económica. En efecto, el corregimiento de San Bernardo se encuentra ubicado al nororiente de la capital del Tolima, a 13 kilómetros del barrio especial El Salado en el casco urbano de Ibagué⁵¹ y a 24 kilómetros del centro de esa

ciudad. Si bien esta distancia no resulta exagerada para ser recorrida, lo que si no se encuentra asegurado es la disponibilidad de un transporte para la accionante hasta el lugar de su vivienda en la vereda La Elena, pues, buena parte del trayecto que debe recorrer es extraurbano. Además, la accionante reside en un sector eminentemente rural, desde donde debe desplazarse a una vía pública en la que pueda encontrar un transporte que la lleve a la ciudad de Ibagué.

Dada esta circunstancia, y atendiendo igualmente a la presunción de incapacidad económica de ella y su grupo familiar, que supone ser una persona desplazada y clasificada como Sisbén 1, la Sala revocará la decisión de primera y única instancia, para en su lugar amparar los derechos de la accionante. Para ello ordenará al médico tratante que evalúe la necesidad de transporte que tiene la accionante, y si lo estima necesario, lo ordene y lo prescriba a través del aplicativo MIPRES, para que luego sea sometido a evaluación de la Junta de Profesionales de la Salud, de conformidad con lo establecido en la Resolución 3951 de 2016. Si dicha Junta conceptúa favorablemente, la EPS deberá cubrir estos servicios complementarios, pudiendo recobrar estos valores ante la entidad territorial respectiva. Si la entidad territorial no se ha sometido a sistema de información del MIPRES, será entonces el médico tratante quien ponga a consideración su orden médica ante el Comité Técnico Científico de conformidad a lo dispuesto en la Resolución 5395 de 2013. Si la entidad territorial no se ha sometido al sistema de información del MIPRES, será entonces el médico tratante quien ponga su orden médica a consideración del Comité Técnico Científico de conformidad a lo dispuesto en la Resolución 5395 de 2013.

Con todo y mientras este trámite se agota por cualquiera de las vías atrás señaladas, la Sala de Revisión ordenará a la E.P.S.-S Saludvida, para que en las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, asuma el transporte de la señora Consuelo Baraona Ramírez de ida y regreso desde su residencia hasta el lugar en que le son practicadas las hemodiálisis. Este cubrimiento en transporte se hará de manera transitoria y con la frecuencia que su tratamiento lo exija, hasta cuando se dé una solución de fondo de acuerdo al trámite aquí señalado. La EPS podrá igualmente recobrar los costos en que incurra en cumplimiento de la orden judicial aquí impartida.

Conclusión

Atendiendo el nuevo marco normativo dispuesto en la Ley 1751 de 2015, la reglamentación en torno al servicio complementario de transporte dispone que éste se encuentra incluido en el PBS tal y como lo señala la Resolución 6408 de 2016 en sus artículos 126 y 127. Sin embargo, por interpretación de estas mismas normas existen algunos supuestos en los que el servicio de transporte no se encuentra incluido y ellos corresponden a i) cuando el traslado del usuario se deba hacer en ambulancia u otro medio de transporte intra-urbano; y, ii) cuando se pretenda el desembolso de dinero de los costos de la remisión y de la estadía del paciente con un acompañante al lugar de la prestación del servicio de salud, ya sea dentro o fuera del municipio de residencia del afiliado o beneficiario. En estas dos hipótesis, el servicio de transporte y los gastos de acompañante podrán de todos modos ser asumidos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, previa prescripción por el médico tratante a través de la plataforma virtual denominada “MIPRES52”, en aplicación al procedimiento que para tal efecto han dispuesto las resoluciones 3951 de 2016 y 532 de 201753, que exigen una aprobación posterior por parte de la Junta de Profesionales de la Salud. Cumplido el trámite anterior, la EPS cubrirá el costo de estos servicios complementarios, pudiendo recobrar ante el ADRES, o ante la entidad territorial respectiva, según se trate del régimen contributivo o del subsidiado, respectivamente.

Ahora bien, en la medida en que nos encontramos frente a casos de personas afiliadas al régimen subsidiado en salud, la posibilidad del recobro que tendrá la E.P.S.-S. Saludvida se someterá a los lineamientos dispuestos por la Resolución 1479 de 201554, que regula la forma en que se establece el procedimiento para el cobro y pago de los servicios y tecnologías sin cobertura en el PBS suministrados en el régimen subsidiado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de primera y única instancia proferida por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas y competencia Múltiple de Montería, que negó la

tutela del señor Damaso José Ávila Monterrosa (T-6.302.110). En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida del accionante.

SEGUNDO.- ORDENAR a la E.P.S.-S Saludvida para que a través del médico tratante del señor Ávila Monterrosa que evalúe la necesidad de transporte y acompañante que tiene el accionante para acceder a sesiones de hemodiálisis, y si lo estima necesario, lo ordene y lo prescriba a través del aplicativo MIPRES, para que luego sea sometido a evaluación de la Junta de Profesionales de la Salud, de conformidad con lo establecido en la Resolución 3951 de 2016. Si dicha Junta conceptúa favorablemente, la EPS deberá cubrir estos servicios complementarios, pudiendo recobrar estos valores ante la entidad territorial respectiva. Si la entidad territorial no se ha sometido al sistema de información del MIPRES, será entonces el médico tratante quien ponga su orden médica a consideración del Comité Técnico Científico de conformidad a lo dispuesto en la Resolución 5395 de 2013.

Así mismo, ORDENAR a E.P.S.-S Saludvida que, mientras este trámite se surte por cualquiera de las vías arriba señaladas, en las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, asuma el transporte del señor Damaso José Ávila Monterrosa y su acompañante desde su residencia, al lugar en que le son practicadas las hemodiálisis y regreso al hogar. Este cubrimiento en transporte se hará de manera transitoria y con la frecuencia que su tratamiento lo exija, hasta cuando se dé una solución de fondo de acuerdo al trámite aquí señalado. La EPS podrá igualmente recobrar los costos en que incurra en cumplimiento de la orden judicial aquí impartida.

TERCERO.- REVOCAR la sentencia de primera y única instancia proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué que negó la tutela de la señora Consuelo Baraona Ramírez (T-6.312.434). En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la accionante.

CUARTO.- ORDENAR a la E.P.S.-S Saludvida para que a través del médico tratante de la señora Baraona Ramírez que evalúe la necesidad de transporte que tiene la accionante para acceder a sesiones de hemodiálisis, y si lo estima necesario, lo ordene y lo prescriba a través del aplicativo MIPRES, para que luego sea sometido a evaluación de la Junta de Profesionales de la Salud, de conformidad con lo establecido en la Resolución 3951 de 2016. Si dicha Junta conceptúa favorablemente, la EPS deberá cubrir estos servicios complementarios, pudiendo

recobrar estos valores ante la entidad territorial respectiva. Si la entidad territorial no se ha sometido al sistema de información del MIPRES, será entonces el médico tratante quien ponga su orden médica a consideración del Comité Técnico Científico de conformidad a lo dispuesto en la Resolución 5395 de 2013.

Así mismo, ORDENAR a E.P.S.-S Saludvida que, mientras este trámite se surte por cualquiera de las vías arriba señaladas, en las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, asuma el transporte de la señora Consuelo Baraona Ramírez de ida y regreso desde su residencia hasta el lugar en que le son practicadas las hemodiálisis. Este cubrimiento en transporte se hará de manera transitoria y con la frecuencia que su tratamiento lo exija, hasta cuando se dé una solución de fondo de acuerdo al trámite aquí señalado. La EPS podrá igualmente recobrar los costos en que incurra en cumplimiento de la orden judicial aquí impartida.

QUINTO.- LIBRAR por Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En decisión del 3 de abril de 2017 el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Montería, negó la tutela de los derechos a la salud, a la vida digna,

integridad física y seguridad social.

2 En decisión del 8 de mayo de 2017 el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué negó la tutela de los derechos a la salud y a la vida digna de la accionante.

3 Los expedientes T-6.302.110 y T-6.312.434 fueron seleccionados para su revisión mediante Auto de agosto 25 de 2017 proferido por la Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Diana Fajardo Rivera.

4 A folio 12 se observa dentro de la información de identificación básica del paciente que obra en el formato de atención médica de la E.P.S.-S. Saludvida, que el accionante se identifica como perteneciente al grupo social de población desplazada.

5 Ver folio 14 del cuaderno principal del expediente de tutela.

6 En el trámite de la acción de tutela y de los documentos anexados a la misma, obra una fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante en la que se advierte la observación “NO FIRMA” en el espacio correspondiente a la firma manuscrita del titular. En el texto de la demanda, la accionante tampoco la suscribe y solo procede a estampar su huella dactilar, lo que en un primer momento llevó a que el juez de instancia le solicitará suscribir la acción de tutela para proceder a su admisión. Sin embargo, al advertir el togado que en la cédula de ciudadanía se señaló que la titular de la misma “NO FIRMA”, éste procedió a dejar sin efecto el auto que ordenaba suscribir la demanda de tutela y la admitió para tramitarla. De esta situación se puede inferir la condición de analfabeta de la accionante.

7 A folio 6 del expediente, obra informe de Acción Social, en el cual se señala que el grupo familiar al cual pertenece la accionante es desplazada del municipio de Ataco (Tolima).

8 Sentencia T-056 de 2015, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

9 Sentencia SU-055 de 2015, M.P.: María Victoria Calle Correa.

10 Ver entre otras sentencias T-134 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett y T-361 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

11 Sentencias T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

12 Sentencias C-463 de 2008 M.P Jaime Araújo Rentería, T-1041 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-573 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

13 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

14 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

15 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. Esta ley tuvo su control previo de constitucionalidad a través de la sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

16 En relación con cada uno de ellos, la norma en cita establece que:

“a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) Accesibilidad. 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;

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud

deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos”.

17 Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

18 Observación general número 14 sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”
Párrafo 1.

19 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, “El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.

20 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, párrafo 4.

21 Este principio ha de entenderse como lo señala la norma en el sentido de que “las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas”.

22 Sentencias T-320 de 2013 y T-433 de 2014. Sobre estos criterios se ha dicho lo siguiente: “En este orden de ideas, en aquellos casos en que se invoca la protección del derecho a la salud, el juez de tutela tiene el deber de revertir o impedir el actuar lesivo, siempre que se evidencie la existencia de una vulneración. No obstante, al momento de proferir una orden, debe ser respetuoso de los criterios médico-científicos que rodean un asunto en particular. En efecto, la administración de justicia no debe desbordar su experticia y suplantar el

conocimiento o *lex-artis* de los profesionales de la salud. En este sentido, en reiterada jurisprudencia, la Corte ha señalado que los jueces constitucionales no son competentes para ordenar medicamentos, procedimientos o servicios que no hayan sido prescritos por el médico tratante, excepto en aquellos casos en los cuales los insumos requeridos, sean evidentemente necesarios a la luz del sentido común o del simple análisis de la situación particular” Sentencia T-469 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

23 “Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

24 Este límite del juez constitucional se soporta en cuatro criterios: necesidad, responsabilidad, especialidad y proporcionalidad. // El primero de los mencionados criterios, esto es, el criterio de necesidad, hace referencia a que el concepto del médico tratante justifica el reconocimiento de un servicio, lo que a su vez garantiza el uso y aprovechamiento adecuado de los recursos del Sistema General de Salud, es decir, el juicio del profesional de la salud proporciona seguridad sobre la pertinencia de un tratamiento. Por su parte, el criterio de responsabilidad radica en el compromiso que asumen los galenos frente a los procedimientos que prescriben a sus pacientes y las consecuencias que ello genera en su salud. Dicho compromiso está dado por el conocimiento que les da la ciencia médica. // El criterio de especialidad advierte que los conceptos médicos no pueden reemplazarse por el discernimiento jurídico, pues se atentaría contra la efectividad de los tratamientos y la recuperación de los pacientes, así como, eventualmente, contra su vida misma. Por último, el denominado criterio de proporcionalidad, recomienda que, si bien el juez deberá en todo momento procurar la mayor protección a los derechos fundamentales, en caso de conflicto, el concepto médico está llamado a prevalecer.” Sentencia T-469 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

25 Las Naciones Unidas son una organización de Estados soberanos. Los Estados se afilian voluntariamente a las Naciones Unidas para colaborar en pro de la paz mundial, promover la amistad entre todas las naciones y apoyar el progreso económico y social. La Organización nació oficialmente el 24 de octubre de 1945”. Colombia fue admitida en la Organización el 5 de noviembre de 1945, con lo que acepta lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas y acata sus obligaciones. Fuente: <http://www.cinu.mx/>. Página web oficial de la ONU.

26 Sentencia T-233 de 2011 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver también sentencias T-769 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-057 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada, entre otras.

27 En Sentencia T-161 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub estableció: “En los demás casos, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste, sea la causa que le impide recibir el servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud. En éste evento, le corresponde 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 usuario. ”

28 Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales, el cual corresponde a una herramienta, que estructurada a partir de un conjunto de reglas, normas y procedimientos permite obtener información socioeconómica actual y exacta de los diferentes grupos sociales en todo el país.

30 “Artículo 23. Criterios de análisis de la Junta de Profesionales de la Salud. Cuando los profesionales de la salud realicen solicitudes de servicios o tecnologías en salud complementarias, de soporte nutricional en el ámbito ambulatorio, o medicamentos del listado UNIRS, mediante el aplicativo dispuesto para ello, las Juntas recibirán la solicitud y tendrán en cuenta para el análisis de cada caso en particular, los siguientes criterios: 1. Que la condición clínica del paciente se correlaciona claramente con la solicitud efectuada. 2. Que el servicio solicitado no se considere suntuario o cosmético, de acuerdo con el análisis del caso clínico particular. 3. Que la solicitud efectuada se realice y se preste en el territorio colombiano. 4. Que la solicitud realizada esté de acuerdo con la evidencia científica disponible para el caso clínico objeto del análisis. 5. Que el servicio prescrito tenga autorización para su comercialización o realización por la autoridad competente en el país. 6. Que en caso de tratarse de medicamentos del listado UNIRS, exista el consentimiento informado por parte del paciente o su representante. 7. Que la decisión que toma la Junta de Profesionales es concordante con los criterios jurisprudenciales señalados por la Honorable

Corte Constitucional sobre el tema.

Artículo 24. Tiempos de decisión de la Junta de Profesionales de la Salud: La Institución Prestadora de Servicios de Salud deberá garantizar que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la solicitud de profesional de la salud, la Junta de Profesionales de la Salud se pronuncie en relación con la decisión adoptada. Una vez la entidad responsable del afiliado conozca la decisión de la Junta y la misma sea de aprobación, a partir de dicho momento se tendrán en cuenta los tiempos previstos en el artículo 32 de la presente resolución para la garantía del suministro.

Artículo 25. Contenido del Acta de la Junta de Profesionales de la Salud. Las decisiones de las Juntas de Profesionales de la Salud se registrarán en un acta que deberá contener como mínimo:

1. Fecha de elaboración y número de acta.
 2. Nombre, tipo y número de identificación del usuario.
 3. Diagnóstico con la codificación internacional de enfermedades — CIE 10.
 4. Servicio o tecnología complementaria, soporte nutricional en el ámbito ambulatorio, o medicamento del listado UNIRS prescrita por el profesional de la salud.
 5. Si se trata de un servicio o tecnología complementaria, soporte nutricional en el ámbito ambulatorio, o medicamento del listado UNIRS única o sucesiva
 6. La justificación médica, técnica y de pertinencia acerca del uso del servicio o tecnología complementaria prescrita.
 7. La decisión de aprobación o negación adoptada por la Junta.
 8. Nombre y firma de todos los integrantes de la Junta.
- Artículo 26. Comunicación de la decisión y obligación de reportarla: La IPS responsable de la Junta de Profesionales de la Salud que adoptó la decisión, sin perjuicio del diligenciamiento en físico del acta correspondiente, comunicará a más tardar en 24 horas la decisión adoptada a la entidad responsable del aseguramiento del afiliado por el medio más expedito. La Institución

Prestadora de Servicios de Salud, deberá diligenciar en el módulo dispuesto en el aplicativo de prescripción previsto en esta Resolución, dicha decisión para que se genere el respectivo número de prescripción. Parágrafo. Las IPS delegarán el registro de la decisión tomada por la Junta de Profesionales de Salud en el módulo del aplicativo de que trata la presente Resolución. Para esto, crearán una Secretaría Técnica al interior de la misma, la cual será representada por un profesional de la salud debidamente inscrito en ReTHUS.”

31 Ver <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Que-es-el-aplicativo-Mipres.aspx>.

32 “Artículo 91. Régimen Subsidiado. El procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, podrá ser adoptado por las entidades territoriales, evento en el cual este Ministerio brindará la asistencia técnica que se requiera para el efecto.”

33 De conformidad con lo dispuesto por la Resolución No. 0532 de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, en su artículo 18 señala lo siguiente: “Modifíquese el artículo 94 de Resolución 3951 de 2016, modificado por el artículo 3 de la Resolución 5884 de 2016, el cual quedará así: ‘Artículo 94. Vigencia y derogatoria. La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación, regirá de manera gradual conforme lo previsto en el artículo 93, a partir del 1 de diciembre de 2016 y sus disposiciones serán exigibles para todos los actores a los que aplica a partir del 1 de abril de 2017. Lo previsto en los numerales 5 del artículo 36 y 6 del artículo 37 de la presente resolución, serán exigibles a partir del primero (1º) de junio de 2017. Se derogan las Resoluciones 5395 de 2013, 3435 de 2016 y 5319 de 2016, salvo lo previsto en el título II de la Resolución 5395 de 2013, que se mantiene vigente para el procedimiento de cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC suministradas a los afiliados del régimen subsidiado’. “ (Énfasis agregado)

34 Sentencias T-745 de 2009 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-365 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo; T-437 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-587 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-022 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-481 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-173 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa, T-073 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos; T-201 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos; T-707 de 2016 M.P. Luis Guillermo

Guerrero Pérez.

35 Sentencia T-707 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

36 Decreto 2591 de 1991, artículo 10.

37 Decreto 2591 de 1991, artículo 42, numeral 2: “la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud”.(Énfasis agregado)

38 Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: “la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)”.

39 Precisamente, el artículo 86 dispone que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

40 Véanse, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-344 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-1169 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-105 de 2002 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-575 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-843 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-315 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-993 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1140 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

41 Sentencia T-279 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

42 Al respecto, puede consultarse la sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

43 En lo pertinente, las normas en cita disponen que: “Artículo 86.- (...) Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

“Artículo 6.- La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

44 Sobre el tema se puede consultar la Sentencia T-646 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

45 Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.” Ver artículo 41.

46 Dentro de los diez días siguientes a la radicación del oficio se debe dictar el fallo, el cual puede ser impugnado en los tres días siguientes.

47 Sentencia T-206 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio y Sentencia T-930 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

48 En la Sentencia C-119 de 2008 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte indicó que analizaría la idoneidad del citado mecanismo, dejando como regla que ese juicio dependería de las circunstancias concretas de cada caso.

49 Al respecto, se pueden consultar la sentencia T-862 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos en la que se sostuvo que: “[es] importante señalar que para la Corte la preferencia del mecanismo con que cuenta la Superintendencia para reclamar está dada, siempre que los hechos no evidencien un riesgo contra la vida, la salud o la integridad de las personas, caso en el cual procedería la tutela, sin embargo, advierte que ‘las dos vías tienen vocación de prosperar, porque de lo contrario se estaría desconociendo la teología de ambos procedimientos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos’ (...)”.

50 Consultado en https://healthonline.washington.edu/document/health_online/pdf/KEEP-03-Hemodialysis-SP.pdf, (Consulta hecha el 22 de noviembre de 2017, 12:26 pm)

51 <http://www.elolfato.com/san-bernardo-el-pintoresco-corregimiento-de-ibague/>. Consultado el 30 de octubre de 2017 a las 14:20)

52 Resolución 3951 de 2016, “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”. Ver artículo 5 (Reporte de la prescripción de servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC), el cual no fue modificado por la Resolución 532 de 2017.

53 Resolución 532 de 2017, “Por la cual se modifica la Resolución 3951 de 2016, modificada por la Resolución 5884 de 2016 y se dictan otras disposiciones.”

54 Resolución 1479 de 2015 “Por la cual se establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud suministradas a los afiliados al Régimen Subsidiado”.