



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, ocho (8) de marzo de dos mil trece (2013).

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 025

TEMAS:

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCIÓN INTEGRAL- PRESTACIÓN DE SERVICIOS NO INCLUIDOS EN EL P.O.S A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN A CARGO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD - TRANSPORTE COMO FORMA NECESARIA PARA MATERIALIZAR EL SERVICIO A LA SALUD - FACULTAD DE RECOBRO DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ANTE EL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA“FOSYGA” – CONSIDERACIONES EN TORNO A LA POSICIÓN DE LA SALA SEGUNDA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TORNO AL PROCEDIMIENTO CONTENIDO EN LA LEY 1438 DE 2011

INSTANCIA:

SEGUNDA

Decide la Sala, la impugnación interpuesta por la parte accionada, en oposición a la sentencia del 22 de febrero de 2013 proferida por el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE, dentro del proceso que en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE



TUTELA instauró ANTONIO MARÍA ROMERO BUSTAMANTE en contra de la NUEVA E.P.S. S.A.

1. ANTECEDENTES

1.1. La Demanda:

ANTONIO MARÍA ROMERO BUSTAMANTE presentó ACCIÓN DE TUTELA en contra de la NUEVA E.P.S. S.A., por la presunta vulneración de sus Derechos fundamentales a la Vida, a la Salud, Integridad personal, Seguridad social.

1.2. Reseña Fáctica:

Manifiesta el actor que es afiliado a la NUEVA E.P.S. S.A., identificado con el número de afiliación 3.995.074, tiempo dentro del cual ha venido cumpliendo estrictamente en las obligaciones como cotizante.

Asegura que el 4 de diciembre de 2012 se le diagnosticó TUMOR MALIGNO DE PARTE ESPECIFICADA DEL PERITONEO (CÁNCER), recomendando como tratamiento a realizar la QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD.

Afirma que la NUEVA E.P.S. S.A., autorizó la realización del procedimiento de QUIMIOTERAPIA, sin que fuera entregado el medicamento FOSAPREPITANT AMPOLLAS de 150 MG, aduciendo que se encuentra por fuera del P.O.S., por lo que lo asumió por su cuenta.

Igualmente, menciona que el tratamiento requerido fue autorizado para su realización en la ciudad de Medellín, con el Doctor Mauricio Lema Medina (especialista en Hematología y Oncología), quien ha sido su médico tratante desde que fue diagnosticada dicha enfermedad.



Aduce que la NUEVA E.P.S. S.A. también se ha negado a reconocerle los viáticos que necesita para trasladarse a esa ciudad a recibir la terapia que requiere.

Argumenta tener 71 años cumplidos, lo que lo hace una persona de la tercera edad, que en la actualidad su padecimiento no le ha permitido trabajar, el único recurso con el cual cuenta para sobrevivir con su esposa es la ayuda de los hijos y familiares.

1.3. Las Pretensiones:

Solicita el actor que se tutelen sus Derechos Fundamentales a la Salud en conexión con la Vida, la Integridad personal y el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, para ello se debe ordenar a la NUEVA E.P.S. S.A. la autorización de los medicamentos que se requieren para la realización de la Quimioterapia que se requiere para su tratamiento, en especial el denominada FOSAPREPITANT AMPOLLAS 150 mg.

Igualmente solicita que se le proporcionen los gastos para sufragar los viáticos (pasajes aéreos propios y los de su acompañante, estadía etc.), a la ciudad de Medellín, que fue donde se le autorizó la realización del tratamiento y se encuentra su médico tratante.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la Demanda: 8 de febrero de 2013 (fol. 17).
- Admisión de la demanda: 8 de febrero de 2013 (fol. 18).
- Notificación a las partes: 11 de febrero de 2013 (fol. 20 y ss.).
- Contestación a la demanda: 13 de febrero de 2013 (fol. 23 y ss.).
- Sentencia de primera instancia: 22 de febrero de 2013 (fol. 39 y ss.).
- Notificación a las partes: 25 de febrero de 2013 (fol. 53 y ss.).
- Impugnación ente accionado: 26 de febrero de 2013 (fol. 56 y ss.).



- Concesión de la impugnación: 27 de febrero de 2013 (fol. 224 y ss.).
- En la Oficina Judicial (Reparto): 01 de marzo de 2013 (fol. 62).
- Secretaria del Tribunal: 4 de marzo de 2013 (fol. 2 c-2)

3. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Jueza de primera instancia concedió el amparado solicitado por la parte accionante, por considerar que existió una clara vulneración del Derecho Fundamental a la Salud por parte de la entidad accionada NUEVA E.P.S. S.A., al no garantizarle los gastos de transporte y alojamiento de él y el de un acompañante a la ciudad de Medellín, en la Clínica de oncología Astorga, para la realización del tratamiento médico requerido.

4. LA IMPUGNACIÓN

La parte accionada impugnó la sentencia en mención, el 26 de febrero de 2013, argumentando que no es procedente el reclamo de los gastos y de los viáticos del accionante y su acompañante, toda vez que estos deben correr a cargo del usuario.

Aduce que la Corte Constitucional ha establecido que para la procedencia de una acción de tutela relacionada con el otorgamiento de gastos de traslado se deben cumplir con una serie de requisitos, y que al no cumplirse uno de ellos el Juez Constitucional de tutela no puede de ninguna manera aplicar la consecuencia de otorgar los gastos de traslado al no existir la aplicación de los supuestos de hecho.

Afirma igualmente, que el traslado con acompañante a otra ciudad se encuentra negado por expresa disposición del párrafo 2 de la Resolución 5261 de 1994.

Concluye manifestando que asumir el valor económico de gastos de transporte interno y demás viáticos, implicaría asumir obligaciones de tipo económico y no de tipo asistencial o médico, funciones que no han sido otorgadas por la Ley 100 de 1993, por lo que se estarían destinando recursos del Estado para la atención en



Salud en fines distintos a los de su esencia, razón por la cual se solicita revocar el fallo y declarar la improcedencia de la tutela.

5. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala determinar si:

¿Se vulnera el derecho fundamental a la Salud, Seguridad social, y Vida digna del paciente al que se le niega el reconocimiento de los viáticos y los gastos de estadía en ciudad distinta a la de su residencia, como forma de materializar el tratamiento ordenado por el médico que atiende su caso?

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en Segunda Instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la C.P. y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ejercerse con el objeto de reclamar la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando éstos se vean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, y procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual debe aceptarse su procedencia y amparar los derechos fundamentales amenazados si hay lugar a ello.



Al encontrarnos frente a un sujeto de especial protección por su edad¹ y condición de salud, es necesario traer a colación el artículo 46 de la Carta que consagra el deber legal del Estado la sociedad y la familia, para hacer efectiva la protección y la asistencia a las personas que se califican como adultos mayores y ad portas de entrar en la tercera edad², propendiendo para que su integración sea real y garantizando la seguridad social de forma integral, de conformidad al mandato constitucional.

Así las cosas, se puede apreciar que los derechos a la Salud y a la Seguridad social de las personas de la tercera edad son de naturaleza fundamental por mandato directo de la constitución, debido a su condición de debilidad, con más razón cuando se encuentran padeciendo un grave estado de salud, acogiendo el carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior en armonía con las disposiciones contenidas en el artículo 13 *ibidem*, tanto así, que la misma Jurisprudencia Constitucional ha dicho de los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud³, y por consiguiente, se requerirá de la protección inmediata y prioritaria por parte del Juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos.

Analizado lo anterior, para abordar el tema puesto a consideración de la Sala, se estudiará el derecho a la salud y la atención integral, la prestación de servicios no incluidos en el P.O.S a sujetos de especial protección a cargo de la entidad prestadora de salud - E.P.S., y el transporte como medio para materializar el servicio a la salud.

¹ De acuerdo con la Ley 1276 de 2009, adulto mayor “*Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen; ...*”

² Para la CORTE CONSTITUCIONAL, en la tercera edad se encuentran las personas que superan la expectativa de vida en Colombia, la que para los hombres es de 72,1 años, ver sentencia T-138 de 2010.

³ Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-437 de 2010.



6.1. **DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCIÓN INTEGRAL**

El derecho a la salud, consagrado en nuestra carta política a través del artículo 46, manifestando de manera concreta, el ser un servicio que se presta a toda persona, garantizando el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud, y como deber primordial del Estado de dirigir y reglamentar la prestación de servicios a los habitantes de todo el territorio colombiano, de conformidad a los postulados y principios constitucionales.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-325 de 2008, entendió que el derecho a la salud, al estar consagrado constitucionalmente como un servicio público y un derecho asistencial, era uno de aquellos que para ser objeto de protección a través del mecanismo de tutela era necesario que su desconocimiento conllevara a su vez, a la amenaza o violación de un derecho fundamental, para así ser protegido o amparado en uso propio de la figura de la conexidad, posición esta que a su vez ha evolucionado y que en la actualidad a la luz de la sentencia T-760 de 2008 de la misma corporación, hace que la salud sea, en ciertas condiciones, un derecho fundamental de forma directa, aplicando para ello el principio de progresividad de los derechos sociales, y los propios principios del sistema general de seguridad social en salud, como lo es la integralidad de la atención en salud.

Frente a lo anterior, es de recalcar que la misma Corte Constitucional en sus múltiples fallos de revisión, ha sostenido que una de las manifestaciones del derecho fundamental a la salud es el recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como el definido en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. De allí, que cada vez que se niegue un servicio, tratamiento o un medicamento señalado o no



en el POS esté frente a una presunta violación del derecho fundamental a la salud, su verificación y posterior resolución corresponde al juez de tutela.

Además, la protección del derecho a la salud consagrada en el ordenamiento constitucional, se complementa con la normativa internacional adoptada por Colombia, como lo es dentro del sistema universal de derechos humanos el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece en su párrafo 1 que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; ...”*

De igual manera, en el sistema interamericano de derechos humanos, encontramos una norma que consagra y reglamenta el derecho en estudio, como lo es el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud, en donde se establece las obligaciones de los Estados partes sobre el tema, así:

“Artículo 12

- 1. 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*
- 2. 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 mortalidad 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.”*

A lo anterior se suma a que el derecho a la seguridad social hace referencia a los medios de protección institucional para amparar a la persona y a su familia frente a los riesgos que atenten contra la capacidad de estos para generar los ingresos suficientes a fin de gozar de una existencia digna y enfrentar contingencias como la enfermedad, la invalidez o la vejez, frente a lo cual la Constitución Política



establece que es un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Es así como la salud se convierte en un derecho no solo de rango constitucional, sino que toma amplitud en el amparo de normas de carácter internacional, por sus características especiales e importancia que tiene su eficaz cubrimiento.

Teniendo en cuenta la importancia para la debida prestación del servicio a la salud, la H. Corte Constitucional ha manifestado la importancia de que este derecho se preste en atención al principio de Atención Integral, manifestando lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. En primer lugar, podemos mencionar la sentencia T 760 de 2008 en la que se estableció lo siguiente:

“(…) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.



En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS)”⁴(Subrayas pertenecientes a la Sala).

Este concepto del principio de atención integral, ha sido tomado por la Corte, en el entendido de que no solo se atiende a lo preceptuado por la norma superior sino que se ha regulado en conjunto con las normas de la seguridad social, tales como el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, la que enuncia el principio en estudio, de la siguiente manera:

“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma ley dispone:

“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”.

Es así como para la Corte Constitucional este principio, de vital importancia a la hora de aplicarlo con relación al derecho a la salud.

En concordancia con todo esto, el máximo intérprete de la constitución aplica de manera explícita y recalca de manera directa la importancia no solo de la cobertura del derecho fundamental a la salud, sino que este se haga efectivo a través del principio de atención integral, como quiera que cuando se ampare por

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2011. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.



los fallos constitucionales no quede nada al azar, que se convierta en un obstáculo para su materialización⁵.

6.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS NO INCLUIDOS EN EL P.O.S A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN A CARGO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD E.P.S.

El derecho fundamental a la salud comprende, entre otros, el derecho a acceder a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad. Es por ello que la Sala indicará los elementos básicos de esta prestación, haciendo énfasis en el catálogo de servicios a los que tiene derecho cualquier persona, máxime cuando nos encontramos frente a un caso especial, toda vez que se hace parte dentro del proceso un sujeto de singular protección, no solo por su condición de adulto mayor, sino también por la enfermedad padecida, por lo que se enmarca dentro de la esfera de discapacidad física, hechos estos que no se deben pasar por alto a la hora de hacer efectivos los servicios médicos requeridos.

En primer lugar, para garantizar la prestación de los servicios de salud se requiere la existencia de un conjunto de personas e instituciones que faciliten el acceso a los mismos, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y legales establecidos para ello. Es así que, se tiene claridad de que son las E.P.S, las que deben de prestar los servicios requeridos por sus afiliados, mientras estos estén cubiertos por el POS-S/POS, exceptuando circunstancias de especial contemplamiento, tales circunstancias se pueden apreciar sobre el particular, ya que quien reclama los servicios médicos y solicita el amparo constitucional de sus derechos fundamentales es un adulto mayor que en la actualidad cuenta con 71 años de edad quien presenta una grave enfermedad que amenaza su óptimo estado de salud.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-576 de 2008. “que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente”.



Tales excepciones han quedado resueltas no solo por los parámetros legales de que trata el Acuerdo 029 de la CRES por medio del cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, sino también por los lineamientos constitucionales y los planteamientos fijados por la abundante jurisprudencia que sobre el particular ha sido expuesta.

Al respecto el Máximo órgano de lo Constitucional ha manifestado:

*“Para el caso de las personas de la **tercera edad**, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad. **En ese contexto, cuando un adulto mayor, sufre alguna afección que altere su salud o su vida en condiciones materiales de existencia, que lo conduzca a solicitar la atención médica necesaria, sea dentro o por fuera del plan obligatorio de salud y esta se niegue, gozará de protección constitucional puesto que el derecho a la salud es fundamental y el ordenamiento supremo exige mayores medidas para su protección**”⁶(Subrayas y Negrillas fuera del original).*

Lo anterior nos da una clara perspectiva de que efectivamente el derecho fundamental de los adultos mayores prevalece frente a cualquier presupuesto formal, como quiera que la jurisprudencia constitucional ha sido uniforme en considerar que la negativa de las entidades de salud a suministrar a las personas de la tercera edad los servicios que requieran, así estén excluidos del P.O.S, cuando han sido ordenados por el médico tratante y son necesarios para preservar su salud, es claramente una vulneración de sus derechos fundamentales, habida cuenta que se observa además , su avanzada edad y el grave estado de salud, se debe entonces otorgar una protección reforzada que se materialice con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios médicos que requieran.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-091 de 2011. MP. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.



6.3. EL SERVICIO DE TRANSPORTE DEL PACIENTE Y EL ACOMPAÑANTE, COMO FORMA DE MATERIALIZAR EL DERECHO A LA SALUD.

Con relación al tema de los gastos de transporte, ha dicho la Corte Constitucional, en providencia hito sobre el tema del derecho a la salud:

“4.4.6.2. El transporte y la estadía como medio para acceder a un servicio.

Si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica.

La jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación⁷ ha señalado en varias ocasiones que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía para poder recibir la atención requerida. Así, por ejemplo, ha señalado que la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladada a las entidades promotoras únicamente en los eventos concretos 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.⁸⁻⁹ La jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho a acceder al transporte necesario para acceder al servicio de salud requerido, e incluso a la manutención cuando el desplazamiento es a un domicilio diferente al de la residencia del paciente, si se carece de la capacidad económica para asumir tales costos¹⁰.

Pero no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios

⁷ En la sentencia T-350 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), una de las principales decisiones dentro de esta línea jurisprudencial, se fundó en el artículo 2º de la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (*Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio del Sistema de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*), en tanto señala que ‘cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio mas cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. (...)’.

⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-900/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta decisión, se analizaron algunos casos, donde los usuarios, al ser remitidos a lugares distintos al de su residencia para la práctica de distintos procedimientos médicos, pretendían que las respectivas EPS asumieran el valor de su transporte, solicitud que fue desestimada por la Corte ante la falta de concurrencia de los requisitos de incapacidad económica del paciente y su familia y conexidad entre el tratamiento y la vida e integridad física del mismo. Esta regla jurisprudencial también fue utilizada en un caso similar contenido en la Sentencia T-1079/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-197 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

¹⁰ En la sentencia T-975 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) la Corte ordenó a una EPS (SaludCoop), entre otras cosas, que autorizará los gastos de transporte y manutención en Bogotá que necesitara una persona residente en Chinchiná, Caldas, para poder recibir un transplante de riñón. La Corte contempló la eventualidad de que la persona requiriera ir con un acompañante.



de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario. La regla jurisprudencial aplicable para la procedencia del amparo constitucional respecto a la financiación del traslado del acompañante ha sido definida en los siguientes términos, “(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.”¹¹.

Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado¹² También, como se indicó, tiene derecho a que se costee el traslado de un acompañante, si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud.”(Las citas son de la providencia original).¹³

Como se puede observar, de acuerdo con las circunstancias especiales de salud y de situación económica del paciente, se hace necesario por las circunstancias e imposibilidad de prestar los servicios en ciertas ocasiones, de acuerdo al desarrollo y acceso tecnológico de la región, que los gastos de transporte y manutención necesarios para acceder al servicio, sea asumidos por la entidad encargada de costear los servicios de salud.

Por lo anterior, las Entidades Promotoras de Salud están en el deber de garantizar el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud, en cumplimiento de los servicios que se les ha confiado, sin que puedan incurrir en omisiones o realizar actuaciones que perturben la continuidad y eficacia del servicio (artículos 49 y 209 C.P.)¹⁴.

Adicionalmente, la Corte Constitucional nos ilustra sobre la interpretación y alcances de los casos en los cuales las entidades prestadoras de salud deben asumir

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-350 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño). Esta decisión ha sido reiterada por la Corte en varias ocasiones; entre otras, en las sentencias T-962 de 2005 (MP Marc Gerardo Monroy Cabra) y T-459 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹² Recientemente, siguiendo la línea jurisprudencial citada, en la sentencia T-814 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte resolvió ordenar a la EPS demandada (Seccional Cauca del Seguro Social, ARP) que garantizara la estadía y lo necesario para que el accionante [persona en clara situación de vulnerabilidad] fuera trasladado, junto con un acompañante, a la ciudad de Bogotá, a fin de que le practicasen los controles médicos y exámenes que requería.

¹³ Sentencia T-760 de 2008.

¹⁴ Sentencias T-539 de 2003 y T-T-493 de 2006.



en forma integral el servicio requerido por el paciente casos en los cuales incluso requiere para este y un acompañante el traslado a una ciudad diferente a la de residencia.

“El cubrimiento del traslado del paciente desde su lugar de residencia al sitio en el que debe recibir la prestación de los servicios médicos que requiere, en principio debe correr a cargo del paciente mismo o su familia, pues es en quien radica el deber de buscar los medios para recibir el tratamiento requerido y así restablecer su estado de salud.

Sin embargo, la garantía del derecho a la vida debe materializarse, y con el fin de lograr esto y no hacer nugatoria su protección, es necesario en ocasiones ampliar el espectro de protección del derecho con el fin de que su ejercicio sea real y efectivo.

Es por esto que en ciertos casos, el juez constitucional si lo considera necesario, tiene la potestad de ordenar, ya sea a cargo del Estado, de las Empresas Promotoras de Salud o de las Administradoras del Régimen Subsidiado, el acceso del paciente al lugar donde debe recibir el tratamiento, pues el no hacerlo implicaría en la práctica la continuación de la vulneración del derecho fundamental.

El precedente jurisprudencial desarrollado al respecto lo encontramos descrito en la Sentencia T 900 de 2002, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra donde explica:

“¿qué pasa cuando está probada la falta de recursos económicos del paciente o de los parientes cercanos y la negativa de la entidad prestadora de salud, en cuanto a facilitar el desplazamiento desde la residencia del paciente hasta el sitio donde se hará el tratamiento, la cirugía o la rehabilitación ordenada, y esta negativa pone en peligro no sólo la recuperación de la salud, sino vida o la calidad de la misma del afectado?”

En estos casos, debidamente probados, es cuando nace para el paciente el derecho de requerir del Estado la prestación inmediata de tales servicios, y, correlativamente, nace para el Estado la obligación de suministrarlos, sea directamente, o a través de la entidad prestadora del servicio de salud.”

En esta providencia también se establece la condición de haber requerido el servicio previamente ante la EPS accionada, condición que en el caso concreto no puede imponerse puesto que ante la negativa de la entidad a autorizar los exámenes prescritos no surge la posibilidad de solicitar el cubrimiento del traslado para su práctica, pues no existía una justificación para este traslado al no existir un procedimiento por realizar.

En relación con el cubrimiento para el traslado de un acompañante del paciente se ha establecido también un antecedente jurisprudencial, expresado claramente en la Sentencia T-197 de 2003 del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, que enuncia:

“La autorización del pago del transporte del acompañante resulta procedente cuando (i) el paciente es totalmente dependiente de un



tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”.

Aplicando este antecedente al asunto bajo estudio encuentra la Sala que, como fue señalado anteriormente, la incapacidad económica del paciente y su familia se encuentran probadas dentro de la acción, por lo que es forzoso que sea el Estado quien cubra el desplazamiento que requiere el actor pues es la única manera de que éste logre una efectiva recuperación de su salud. (Negrillas de la Sala).

Por último, en relación con el cubrimiento del traslado de un acompañante de Gustavo Adolfo Sierra, considera la Sala que por causa de la esquizofrenia que padece y su dependencia a medicamentos que debe tomar diariamente para el mantenimiento de su estabilidad mental, es una persona que requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, por lo que autorizará también el cubrimiento del traslado de un acompañante.”¹⁵

En cuanto a la regulación del tema referido a la prestación de servicios médicos fuera del lugar de residencia del paciente cuando en la misma no pueda realizarse, la Resolución 5261 de 1994 en su artículo 2, parágrafo, indica:

“...Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con el. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.”.

Por su parte, la nueva normativa que regula el contenido del POS, el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”, consagra sobre el tema en estudio:

“ARTÍCULO 42. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El

¹⁵ Sentencia T-099 de 2006.



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

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

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

ARTÍCULO 43. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO.

*El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitación respectivas, **en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.**" (Negrillas de la Sala).*

Como se puede observar, la nueva disposición que regula el sistema de salud y el contenido del mismo, se queda corta con relación al servicio de transporte, dado que no ha incorporado como contenido del P.O.S el servicio de transporte, con los parámetros constitucionales trazados por la Corte, dado que solo incluye dicho servicio para el traslado urgente en ambulancia y en los casos en donde por las dificultades de acceso a los servicios de salud por condiciones geográficas¹⁶, por lo que el servicio de transporte, en el caso de los afiliados en el departamento de Sucre municipio de Sincelejo, NO se encuentra incluido en el P.O.S.

6.4. FACULTAD DE RECOBRO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD E.P.S ANTE EL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA "FOSYGA"

¹⁶ El Acuerdo 30 de 2011 de la CRES, por el cual se fija la UPC para el año 2012, determinando como zonas en donde se paga la prima adicional, los departamentos de Amazonas, Arauca, Casanare, Caquetá, Chocó, Guajira, Guanía, Guaviare, Meta, Putumayo, San Andrés y Providencia, Sucre, Vaupés, Vichada y de la región de Urabá, pero exceptuándose la ciudad de Sincelejo, entre otras.



Si bien es cierto, los procedimientos médicos incluidos en plan obligatorio de salud están a cargo de las E.P.S, también lo es, que si este se encuentra excluido, existen mecanismos que permiten preservar el equilibrio financiero de tal manera que si el servicio lo ha de prestar la E.P.S. respectiva, la que puede acudir al recobro frente al organismo competente.

Este tema ha sido motivo de múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional, precisamente en aras de garantizar no solo la atención integral de las personas que necesitan con urgencia la prestación de los servicios médicos, sino también que al prestar dicho servicio por parte de las E.P.S., las mismas no se vean afectadas en su organización interna y a nivel presupuestal, pudiéndose convertir esto en un pretexto para no atender los asuntos con la mayor diligencia, es por esto que se han establecido métodos que permitan llegar a una armonía en ejecución de los planes obligatorios de salud, sin tener que llegar a la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Sobre este tema la H. Corte Constitucional ha manifestado:

“La EPS es autorizada a recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantías, FOSYGA, cuando debe prestar o suministrar un servicio o medicamento que no se encuentra referenciado en el plan obligatorio de salud, POS, todo con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de un ciudadano.”¹⁷.

En igual sentido la Corporación ha señalado:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta,

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-126 de 2010. MP. Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.



tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.”¹⁸.

Posteriormente la Corte Constitucional a través del pronunciamiento hecho por medio de la sentencia T-760 de 2008, que sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales referidas al derecho a la salud, indicó con relación a la facultad de recobro lo siguiente:

“En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

*Así, pues, deben cumplirse dos condiciones para que se autorice a la EPS a ejercer la facultad de recobro ante el Estado. **Por un lado, que el accionante requiera determinado medicamento o tratamiento que no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud y que este sea esencial para salvaguardar su derecho fundamental a la salud.** Y por el otro, que la persona no tenga la capacidad de pago para asumir personalmente el costo del tratamiento o medicamento que requiere.”(Negritas de la sala).*

Una vez analizado lo referenciado, se concluye entonces que si los tratamientos que se ordenen se encuentran excluidos del plan obligatorio salud P.O.S., el ente accionado atendiendo al principio de atención integral debe prestar los servicios requeridos, teniendo la facultad de recobro frente al Estado.

6.5. LA POSICIÓN DE LA SALA SEGUNDA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TORNO AL PROCEDIMIENTO CONTENIDO EN LA LEY 1438 DE 2011

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-223 de 2006. MP. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.



No puede dejar pasar la Sala inadvertida, una nueva posición asumida por una Sala de Revisión de la CORTE CONSTITUCIONAL, en torno a la posible existencia de un trámite judicial, que haga improcedente la ACCIÓN DE TUTELA en torno a los servicios de salud no incluidos en el POS, por la expedición de la Ley 1438 de 2011, norma que consagra la siguiente facultad de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD:

“ARTÍCULO 126. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

“e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

Modificar el parágrafo 2o del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

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

En torno a dicho trámite, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la CORTE CONSTITUCIONAL, ha considerado:



“El proceso legalmente establecido por la Ley 1438 de 2011 a cargo de la Superintendencia de Salud, es un mecanismo idóneo para la protección del derecho a la salud en el presente caso, razón por la cual debe intentarse antes de acudir a la demanda de tutela, para cumplir el requisito de subsidiaridad.”¹⁹

Para esta Corporación, por una parte, no comparte que un trámite “judicial” ante una autoridad administrativa, pueda ser interpretado como un mecanismo idóneo para proteger el derecho a la salud, frente a la acción de tutela que se ha convertido en el medio por excelencia para la protección de este derecho ahora interpretado como fundamental de forma directa, y por otro lado, no puede ser acogida dicha posición, dado que no deja de ser una interpretación aislada de una Sala de la Corte, materializada en tan solo las 3 providencia citadas, existiendo una línea uniforme, tanto anterior como posterior a las decisiones en mención, en donde el Máximo Interprete de la Constitución ha consolidado una serie de subreglas interpretativas para la procedencia de la tutela en pro de garantizar el derecho fundamental que se analiza²⁰.

Por ello, para esta Colegiatura, la tutela si es el mecanismo adecuado para la protección del derecho a la salud.

7. EL CASO CONCRETO

¹⁹ Sentencia T-914 de 2012, Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. Dicha posición se reitera en la sentencia T-916 de 2012, y en la sentencia T-004 de 2013, de la misma Sala Segunda de Revisión de Tutela, con la morigeración en la última de las sentencias en cita, de que la tutela es procedente cuando existe un perjuicio irremediable.

²⁰ Resalta la Sala, que con fecha posterior a las providencias citadas en el pie de página anterior, encontramos las siguientes, en las que la CORTE CONSTITUCIONAL mantiene su férrea línea de procedencia de la tutela como medio procesal adecuado para proteger la salud, posición esta que si se comparte. Entre ellas tenemos las siguientes sentencias:

- T-926 de 2012.
- T-963 de 2012.
- T-964 de 2012.
- T-975 de 2012.
- T-979 de 2012.
- T-989 de 2012.
- T-1076 de 2012.



Analizados los hechos de la demanda, encontramos que efectivamente, el accionante es un adulto mayor, con 71 años de edad²¹, que se encuentra afiliado a la NUEVA E.P.S. S.A., régimen contributivo en Seguridad Social.

Se observa que el día el 29 de noviembre de 2012, fue ingresado por consulta externa a la Clínica SANTA MARIA S.A.S de la ciudad de Sincelejo Sucre, donde se observa la sospecha de un TUMOR MALIGNO²².

Posteriormente, esto es el día 30 de noviembre del año 2012, recibe como diagnóstico NÓDULO DE PARED ABDOMINAL, ADENOCARCINOMA MODERADAMENTE DIFERENCIADO para práctica de CITOLOGÍA DE LÍQUIDO PERITONEAL PARA MALIGNIDAD²³.

Igualmente se puede observar, que recibió diagnóstico el día 4 de diciembre de 2012, de TUMOR MALIGNO DE PARTE ESPECIFICADA DEL PERITONEO (CÁNCER) y como tratamiento a realizar, QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD²⁴.

También se observa, de la formulación médica expedida por su médico tratante el día 7 de diciembre de 2012²⁵, que se le ordena para el tratamiento de QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDA, el medicamento denominado FOSAPREPITANT AMPOLLAS DE 150 MG. Entre otros más, el mismo que manifiesta el actor no haber sido entregado por la E.P.S., por no estar incluido en el P.O.S., asumiéndolo por su propia cuenta.

Las valoraciones médicas antes descritas se realizaron en la Clínica de Oncología Astorga de la ciudad de Medellín Antioquia tal como se puede observar de los documentos allegados.

²¹ Fol. 8 y ss.

²² Fol. 13 y 14.(Hoja de Epicrisis Hospitalización Cristo Rey).

²³ Fol. 15 (Luis Osorio Anaya. Patólogos Asociados de Sucre).

²⁴ Fol. 9 y 10. (Diagnostico médico Dr. Mauricio Lema Medina, Clínica de oncología Astorga-Medellín).

²⁵ Fol. 11 y 12.



Frente lo anterior, es de señalar la Sala en primer lugar, que la entidad tutelada no se opuso a lo dicho por el accionante en cuanto a su estado de salud y la necesaria remisión a la ciudad de Medellín para la práctica de QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD para control de TUMOR MALIGNO DE PARTE ESPECIFICADA DEL PERITONEO así como tampoco desvirtuó los documentos allegados por ésta, por consiguiente, se tendrán por ciertos esos hechos.

De lo anterior se resalta que la E.P.S., accionada en la contestación de la demanda²⁶ y la impugnación al fallo emitido en primera instancia²⁷, solo se limitó a indicar que el medicamento solicitado por el actor, FOSAPREPITANT AMPOLLAS DE 150 MG, ya fue autorizado mediante orden No. 24080541 de febrero 12 de 2013 constituyéndose un hecho superado, de lo cual no existe prueba alguna que repose en el expediente, y de los viáticos y gastos de estadía del paciente y su acompañante manifiesta que los mismos deben correr a cargo del afiliado.

En esa misma línea tenemos, que la E.P.S. accionada no demostró que el demandante estuviera en capacidad económica de costear el traslado y estadía de él y su acompañante para asistir al tratamiento médico en la ciudad de Medellín, al contrario, si se tiene en cuenta su avanzada edad y su gravedad en la enfermedad padecida, se puede inferir claramente que al momento no tiene un trabajo generador de la capacidad económica necesaria para sufragar los gastos, por lo que indudablemente su único recurso es la ayuda de sus hijos, tal como lo dejó expuesto en los hechos de la demanda, los mismos no desvirtuados por la entidad demandada.

Cabe resaltar en este punto, lo expuesto en líneas anteriores a través de la Jurisprudencia Constitucional, que frente a expensas de transporte, se ha establecido que *“aunque no es una prestación médica, si es un medio para acceder al servicio de salud, que en ocasiones se constituye en una limitante para lograr su materialización, especialmente cuando las personas carecen de los recursos económicos para sufragarlo”*, siendo

²⁶ Fol. 23 y ss.

²⁷ Fol. 56 y ss.



necesario entonces que dichas limitantes no se constituyan en un obstáculo para la recuperación del estado de salud, lo cual lleva al Juez Constitucional a remover aquellas trámites engorrosos que restrinjan el acceso al servicio público de Salud.

Teniendo en cuenta esto, el Máximo intérprete de la Constitución estableció en uno de sus pronunciamientos para que dicho traslado se haga efectivo excepcionalmente²⁸, en primer lugar, **i)** El paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento; **ii)** Requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y, **iii)** Ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.

En cuanto al primer requisito, nótese que para el tratamiento médico requerido, el actor deberá desplazarse aproximadamente (10) horas por carretera desde Sincelejo donde reside, a Medellín y viceversa, lo que implica necesite de la compañía y ayuda básica de un tercero, del cual dependa en esos momentos, ya que el accionante es una persona ad portas de la tercera edad (71 años²⁹), que por su disminución física por la enfermedad padecida, requiere de un acompañante para movilizarse.

Sobre el particular la Doctrina Constitucional ha sido clara en manifestar que en aquellos eventos en los cuales el procedimiento médico sea practicado a un menor de edad, a un discapacitado o a una persona de la tercera edad, se hace indispensable, adicionalmente, cubrir los gastos de desplazamiento de un acompañante, dado el estado de indefensión y el grado de dependencia en que pueden encontrarse³⁰. Igualmente, si se observa el grave estado de salud por el cual atraviesa el actor, se infiere claramente el cumplimiento del segundo requisito jurisprudencial, toda vez que la enfermedad diagnosticada requiere de un tratamiento prolongado para una óptima recuperación.

²⁸ Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. T-233 de 2011.

²⁹ Ver pie de página 2.

³⁰ Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-067 de 2012.



Adicionalmente, es importante mencionar que si bien es cierto en el presente trámite constitucional, no se logra evidenciar a través del acervo probatorio allegado al expediente la capacidad económica del actor para sufragar los gastos de traslado, también lo es que la entidad accionada no desvirtuó lo contrario a través de su ejercicio de defensa, por lo que se atenderá entonces a los postulados del principio de la buena fe³¹, y se tendrán por ciertos los hechos narrados en libelo de la demanda.

Por lo expuesto, y ante la evidente necesidad de garantizar el traslado del accionante y su acompañante a la ciudad de Medellín, para no privarle de los servicios médicos que requiere para preservar su estado de salud en condiciones de dignidad, la Sala CONFIRMARÁ el fallo impugnado que tuteló los derechos fundamentales del actor y lo ADICIONARÁ en el sentido de otorgarle a la entidad accionada la facultad de repetir contra el Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantía “FOSYGA”, para los procedimientos que no se encuentren incluidos en el P.O.S.

7.1. CONCLUSIÓN

A guisa de conclusión, una vez efectuado el análisis al presente trámite constitucional, se infiere que nos encontramos frente a la vulneración los derechos fundamentales de ANTONIO MARÍA ROMERO BUSTAMANTE, al no dar trámite a los requerimientos hechos por él, no autorizar y costear el traslado requerido a la ciudad de Medellín para la realización del procedimiento ordenado por su médico tratante, razones por las que se confirmará el fallo impugnado, con la adición ya indicada, tendientes a materializar el tratamiento integral de la Salud y garantizar los derechos económicos de la entidad accionante.

³¹ En Sentencia T-940 de 2009 la CORTE CONSTITUCIONAL determinó que, “frente a la prueba de la falta de capacidad económica por parte del usuario o de su familia para asumir los servicios médicos, se “ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación procesal civil, referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que él no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá demostrar lo contrario”.



DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE los numerales 3.1, 3.2, 3.3, y 3.4 del fallo de primera instancia, proferido el día 22 de febrero de 2013 por el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO-SUCRE.

SEGUNDO: ADICIÓNENSE la providencia impugnada con el siguiente numeral: **FACÚLTESE** a la entidad demandada NUEVA E.P.S. S.A., a recobrar al FOSYGA, el valor en que incurra por la autorización de los servicios no incluidos en el P.O.S., ordenados en esta providencia. Para este fin, en firme esta sentencia, expídase copia de la misma con constancia de que es primera copia y presta mérito ejecutivo, para lo cual la entidad demandada deberá proveer las expensas necesarias para ello.

TERCERO: NOTIFÍQUESE, personalmente o por cualquier medio efectivo al actor, a la entidad demandada y al Agente Delegado del Ministerio Público ante esta Corporación, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

QUINTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.



SEXTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, y devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 21.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ