



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, tres (03) de mayo del dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN: ACCIÓN DE TUTELA.
PROCESO: 70-001-33-33-007-2018-00032-01
DEMANDANTE: LIRIS DEL CARMEN BOLAÑO CASTRO
DEMANDADO: NUEVA EPS.
Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal, la impugnación interpuesta por la parte accionada en oposición a la sentencia de tutela proferida, por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO - SUCRE, el día 02 de marzo de 2018, la cual tuteló los derechos fundamentales a la señora LIRIS DEL CARMEN BOLAÑO CASTRO, quien actúa en representación de su hijo ANDRÉS EMILIO PÉREZ BOLAÑO quien padece Síndrome de Down

1. ANTECEDENTES:

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA¹.

La señora LIRIS DEL CARMEN BOLAÑO CASTRO, quien actúa en representación de su hijo ANDRÉS EMILIO PÉREZ BOLAÑO, presentó Acción de Tutela, en contra de la **NUEVA EPS** por la presunta vulneración de los derechos, a la salud, seguridad social y a la vida en condiciones dignas.

La actora **pretende** que se amparen los derechos fundamentales invocados, y como consecuencia, se ordene a la **NUEVA EPS**, que en un término no mayor de 48 horas, realice todas las acciones y trámites para que a su hijo ANDRÉS EMILIO PÉREZ BOLAÑO, le sea practicado el procedimiento de RETIRO DE STENT, sin ningún tipo de dilación y así mismo, que se ordene

¹ Folio 1-9 C.Ppal.

toda la atención integral que necesita el joven, con ocasión a la enfermedad que padece, tales como medicamentos, tratamientos, cirugías, práctica de procesos de rehabilitación, exámenes, diagnósticos, y los pasajes para su hijo y dos acompañantes, es decir sus dos padres, en el caso de ser necesario, y demás derechos que el despacho considere violados y amenazados.

Como **fundamentos fácticos**, indica la parte actora que, en la actualidad su hijo se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el régimen subsidiado en la NUEVA EPS.

Señala que, su hijo es una persona con síndrome de Down que estuvo hospitalizado en la Clínica Reina Catalina en la ciudad de Barranquilla, debido a que ingirió un cuerpo extraño, el cual le fue extraído en esa oportunidad y por motivos de recuperación en la zona afectada (esófago), le fue fijada una prótesis (Sten).

Sostiene que, luego de algunos meses de estar internado en UCI en la Clínica Reina Catalina en la ciudad de Barranquilla le dieron salida, con la observación de que al transcurrir 3 meses después de practicada la cirugía, se debía llevar a su hijo para retirarle el Sten, término que se cumplió en el mes de diciembre de 2017.

Manifiesta que, le entregaron una orden para el mes de enero en la ciudad de Barranquilla en la Clínica del Norte, pero cuando llegaron a la cita con el médico especialista en gastroenterología, le indicaron que dentro de las ordenes no había una que autorizara el procedimiento de extracción del Sten; por lo que en esa ocasión perdieron los pasajes hasta Barranquilla, y el tiempo, teniendo en cuenta que son personas de escasos recursos económicos, y que la NUEVA EPS, no hizo entrega de pasajes, y por la condición de su hijo no podía acompañarlo ella solamente, sino que era necesario que su padre les acompañara.

Que en la cita llevada a cabo en la Clínica del Norte con el médico especialista en gastroenterología DR. JALAL, se ordenó el procedimiento de extracción endoscópica de cuerpo extraño en esófago, con un médico cirujano Gastroenterólogo; por lo que la NUEVA EPS autorizó tal procedimiento en el mismo lugar (Clínica del Norte), pero que llamaron para apartar la cita y nunca se las dieron, porque no había agenda, y les indicaron que tocaba

pagar por la realización de ese procedimiento.

Lo anterior, puesto que para el médico que debía realizar la extracción, no le bastaba la orden y se negaba a hacerlo, manifestando que no conocía la historia clínica de su hijo y que lo mejor era que la extracción la realizara el mismo médico que le practicó la cirugía del Sten.

Informa que, la NUEVA EPS hasta el momento no ha hecho ninguna gestión, para que se lleve a cabo el proceso que su hijo necesita, razón por la que el día 23 de enero de 2018, presentó un derecho de petición, solicitándole que coordinara con el prestador de ese servicio, el procedimiento requerido y se ordenara la extracción del Sten en la Clínica Reina Catalina, además que hiciera entrega de los pasajes y viáticos que se requieren para asistir a la cita, no obstante, no le han respondido la petición.

Aduce que, su hijo ha tenido mucha dificultad para recibir los alimentos durante todo este tiempo, puesto que no puede recibirlos de forma normal, que el día 17 del presente mes y año estando dormido se estaba asfixiando, ya que presenta dificultades para respirar normalmente.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL:

- Presentación de la demanda: 19 de febrero de 2018 (fol. 9 y 27).
- Admisión de la tutela: 20 de febrero de 2018 (fol. 29).
- Notificaciones: 20 de febrero de 2018 (Fol. 35).
- Contestación de la tutela: 22 de febrero de 2018 (fol. 39 a 44).
- Sentencia de primera instancia: 02 de marzo de 2018 (fol. 48 a 79).
- Impugnación: 07 de marzo de 2018 (fol. 85-86).
- Concesión de la impugnación: 15 de marzo de 2018 (fol. 90).

1.3. INFORME RENDIDO²

El ente accionado rinde su informe, argumentando, que dicha entidad siempre ha tenido la voluntad de cumplir con lo solicitado por los usuarios, de conformidad con las diferentes prescripciones médicas, teniendo en cuenta lo establecido en las normas especiales que regulan lo concerniente con el Sistema de Seguridad Social en Salud.

² Folio 39 a 44. C.Ppal.

Sostiene además, con relación al tema del transporte, que esos servicios no se encuentran financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación ya que no cumple con los criterios definidos en la Resolución 6408 de 2016 artículo 127 para el transporte de pacientes ambulatorios, teniendo en cuenta además que el municipio de residencia de la usuaria no hace parte del listado definido para recibir prima adicional a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), por ser zona especial de dispersión geográfica, definidos en la Resolución 6411 de 2016. El transporte estaría cubierto, cuando requiera traslados entre IPS, como lo es el caso de las remisiones por urgencia o por requerir mayor nivel de complejidad. Además, como lo son el hospedaje y la alimentación, son exclusiones, por ende, no son financiados por la UPC de acuerdo con Resolución 6408 de 2016 Artículo 132 y Resolución 3951 de 2016, Artículo 9. Así mismo no forman parte integral de ningún tipo de tratamiento médico, su no entrega no pone en riesgo la integridad o la vida del paciente, ya que no corresponden a tecnologías cuya finalidad sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad. Por lo expuesto anteriormente, se consideran improcedentes estas solicitudes.

Por último solicita, que se declare la Improcedencia de la presente acción de tutela, por cuanto NUEVA EPS S.A. no ha vulnerado derecho fundamental alguno, por lo que solicita que se deniegue la orden de suministrar los transportes, alojamiento y alimentación del usuario ANDRÉS PÉREZ BOLAÑO y su familiar, por cuanto las EPS en Colombia no están autorizadas a suministrar Transportes a los usuarios del SGSSS según lo establecido en la Resolución 6408 de 2016 no pueden ser cubiertos con cargo a la UPC por no tratarse de una tecnología en Salud, que se vincule a la Secretaria De Salud De La Gobernación De Sucre con la finalidad que atienda las pretensiones NO PBS del accionante.

Igualmente, requiere que en caso de que su despacho considere que los derechos invocados en la presente acción de tutela son tutelables, y se les ordene cubrir el costo de la prestación solicitada, solicita se le reconozca a la NUEVA EPS el derecho a repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA (Hoy ADRES) por el 100% de la totalidad de los valores que deba asumir NUEVA E.P.S.

Adicionalmente solicita, que en el caso que el fallo de tutela sea a favor del accionante, solicita muy comedidamente el fallo de tutela con copia completa y legible del mismo para el efectivo recobro de los insumos y medicamentos NO POS, ante el CONSORCIO SAYP de conformidad con lo establecido en el artículo 280 del CGP.

1.4. LA SENTENCIA IMPUGNADA³:

La Juez de primera instancia, luego de estudiar el tema de la protección del derecho a la salud y el principio de atención integral y el transporte como naturalización de dicho principio, acogió las súplicas de la demanda, y para tal efecto consideró, que se hace necesario que la accionada asuma de forma inmediata y sin mayores dilaciones, todo lo necesario para la realización del PROCEDIMIENTO DE RETIRO ENDOSCÓPICO DE STENT METÁLICO DE ESÓFAGO, y suministre las respectivas órdenes para el procedimiento con un médico cirujano gastroenterólogo, de la Reina Catalina de Barranquilla, o de cualquiera otra institución, con quien la NUEVA EPS tenga contrato para la prestación de ese servicio médico, así mismo el transporte para el paciente y su acompañante debido a que ANDRÉS EMILIO PÉREZ BOLAÑO, es una persona mayor de edad, y padece Síndrome de DOWN POR AP, con episodios violentos por ocasiones, y los emolumentos correspondientes a traslado y/o desplazamiento, hospedaje y demás gastos que a futuro se generen, para que el hijo de la accionante, y su acompañante puedan asistir a la cita con médico cirujano gastroenterólogo, para la realización del PROCEDIMIENTO DE RETIRO ENDOSCÓPICO DE STENT METÁLICO DE ESÓFAGO.

1.5. LA IMPUGNACIÓN⁴.

Inconforme con la decisión adoptada por el *A-quo*, la NUEVA EPS impugnó, en los siguientes términos:

“(SIC)...

CON RELACIÓN A GASTOS DE TRASPORTE

Me permito informar señor juez que el accionante no ha tramitado solicitud de gastos de trasportes en sala SIP con el fin de que NUEVA EPS evalué la solicitud conforme a la normatividad vigente. Así las cosas señor juez con esto demostramos que se le ha venido prestando los servicios cada vez que el usuario lo solicita, por tal motivo resulta evidente que la acción de tutela no se constituye en el medio idóneo para efectuar la reclamación a que se ha hecho mención, ya que en ningún momento como

³ Folio 48 a 79 C.Ppal

⁴ Folio 85 a 86 C. Ppal.

EPS negamos los servicios, consideramos que el usuario en primera instancia debió realizar las gestiones de trasportes ante la EPS ya que la acción de TUTELA se predica de la violación inminente de los derechos fundamentales de las personas en aras de buscar su protección inmediata.

CON RELACIÓN A LOS GASTOS DE ALIMENTACION Y VIATICOS

Con respecto al suministro de transporte, alojamiento y manutención, manifestamos que estos servicios no hacen parte de la prestación de salud propiamente dicha, por lo que deben ser asumidos por el usuario y/o sus familiares; de acuerdo a la Resolución 6408 de 2016 no pueden ser cubiertos con cargo a la UPC por no tratarse de una tecnología en Salud. Resolución 6408 del 2016 en TÍTULO V TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES.

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.

EN NINGÚN MOMENTO SE HA NEGADO A SUMINISTRARLE TODOS LOS TRATAMIENTOS, PROCEDIMIENTOS CONFORME CON LA PERTINENCIA MÉDICA, siempre en concordancia con el verdadero estado del usuario y con los requisitos exigidos por las normas vigentes.

CON RELACIÓN A LA PETICIÓN DE INTEGRALIDAD QUE REALIZA LA ACCIONANTE ES PRECISO TENER EN CUENTA LOS SIGUIENTES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES:

El reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

En todo caso, debe precisarse de manera clara que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.

La falta de atención respecto de este punto, puede derivar en que los jueces de tutela incurran en dictar órdenes indeterminadas, contrarias al ordenamiento jurídico cuyo cumplimiento pueda resultar problemático a la hora de disponer las acciones necesarias para brindar la atención a los(as) afiliados(as) y beneficiarios(as), por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud.

En este orden, el principio de integralidad de la garantía del derecho a la salud, ha encontrado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

criterios puntuales a partir de los cuales se configura la obligación de prestar de manera integral el servicio de salud. Así, cumplidos los presupuestos de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, ante la existencia de un criterio determinador de la condición de salud de una persona, consistente en que se requiere un conjunto de prestaciones en materia de salud en relación con dicha condición¹¹²¹, siempre que sea el médico tratante quien lo determine, es deber del juez o jueza de tutela reconocer la atención integral en salud

La Corte Constitucional ha encontrado criterios determinadores recurrentes en presencia de los cuales ha desarrollado líneas jurisprudenciales relativas al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional³¹⁴¹ (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas^{4®} (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.

Lo anterior no debe ser interpretado como una especificación exhaustiva, pues es posible encontrar otros criterios razonables mediante los cuales se pueda hacer determinable la orden de atención integral en salud, como lo ha hecho en algunas ocasiones la Corte, por ejemplo en casos en que la situación de salud de una persona es tan precaria e indigna (sin que se trate de un sujeto de especial protección o de alguien que padezca de una enfermedad catastrófica), que se ordena el reconocimiento de todas las prestaciones que requiera para superar dicha situación”.

Por lo tanto, cada vez son mayores los pronunciamientos de la Corte, en el sentido de declarar Improcedentes las solicitudes de los usuarios para obtener cobertura integral a través de una acción de tutela, toda vez que la Jurisprudencia ha considerado que no es posible amparar por este vía derechos inciertos y futuros que no se sabe si van a ser demandados o no por parte de los accionantes, en consecuencia el Juez de instancia deberá desestimar también dicha pretensión.

Los recursos del Sistema de Salud son finitos, tal como lo define la Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008, recursos que deben ser destinados exclusivamente a la prestación de tales servicios debidamente determinados y señalados por el médico tratante del paciente, por lo tanto, se reitera, no puede ordenarse la autorización de servicios eventuales, lo que puede generar una demanda desmedida por parte del actor.

Al pronunciarse sobre el particular la Corte Constitucional ha expresado la improcedencia de la tutela para hechos futuros e inciertos, y es así como en T-247 de 2000 apunto:

“A juicio de la Corte, carece de objeto la tutela instaurada contra alguien por hechos que constituyen apenas una posibilidad futura remota, en cuanto estén atados a otros todavía no ocurridos. En realidad sólo puede brindarse protección respecto a violaciones presentes y actuales, o para prevenir amenazas ciertas y contundentes, pero de ninguna manera cabe la solicitud de amparo en relación con sucesos futuros e inciertos. (La negrita es nuestra).

La Acción de Tutela no se ha establecido para precaver futuros, eventuales o inciertos riesgos de violación de los derechos fundamentas, sino con el fin de interrumpir que prosiga una violación en curso, actual y concreta, o de impedir que se produzca, siendo inminente”

Con base en los anteriores argumentos, solicita que se revoque el fallo de primera instancia, y en caso que el fallo de tutela sea a favor del accionante, solicita copia completa y legible del mismo para el efectivo recobro de los insumos y medicamentos NO POS, ante el CONSORCIO SAYP de conformidad con lo establecido en el artículo 280 del CGC.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal 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.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala determinar si *¿Es deber de la entidad prestadora de salud, proporcionar a su afiliado el tratamiento integral que se requiera para la materialización de las directrices ordenadas por el médico tratante, máxime cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional como lo es, la persona que presenta un estado de discapacidad por diagnóstico de Síndrome de Down?*

2.3. ANALISIS DE LA SALA Y SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO.

I. DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCIÓN INTEGRAL

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 estos 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.

El derecho a la salud⁵, consagrado en nuestra Carta Política en el artículo 46, es regulado como un servicio público que se presta a toda persona, garantizando el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y como deber primordial del Estado, dirigir y reglamentar la prestación de dichos 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 directo, para así ser protegido o amparado en uso de la figura de la conexidad, posición esta que a su vez ha evolucionado y que en la actualidad a la luz de las sentencias T-760 de 2008 y T-671 de 2013 de la misma corporación, hacen 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.

Frente a lo anterior, es de resaltar 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 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-S o se esté frente a una posible violación del derecho fundamental a la salud, y su verificación y posterior resolución corresponderá al juez de tutela.

⁵ Ley 1751 de 2015 "POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD" reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible (Declarada EXEQUIBLE por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2015)

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, máxime que en la actualidad encontramos definido su carácter fundamental, directamente en la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

“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”.

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.”.

En concordancia con todo esto, se resalta entonces 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 los fallos constitucionales no quede nada al azar, que se convierta en un obstáculo para su materialización; no obstante, es menester aclarar que el principio de atención integral debe ser aplicado por las EPS por obligación constitucional y legal, pero las órdenes emanadas de los jueces de tutela, deben contar con el correspondiente soporte fáctico de donde se desprenda la certeza de la vulneración o amenaza del derecho fundamental pretendido, y en caso de que carezcan de ello, no puede expedirse una protección concreta de un servicio que es hipotético o eventual.

II. PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS A CARGO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD-personas de especial protección constitucional- discapacitados de tipo cognitivo

La Carta Política enfatiza la protección constitucional reforzada que deben recibir las personas con discapacidad en varios de sus artículos. Así, el artículo 13, establece que *"el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en*

circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” norma de la que se deriva directamente una obligación de contenido positivo en cabeza de las autoridades, consistente en adoptar todas las medidas que sean necesarias para lograr una igualdad real de trato, condiciones, protección y oportunidades entre los asociados, no simplemente en términos formales o jurídicos⁶

A su turno, con relación a la condición especial de las personas con diagnóstico de Síndrome de Down, la H. Corte Constitucional explicó:

“La discapacidad puede ser de tipo sensorial, como sordera, hipoacusia, ceguera, baja visión; de tipo motor o físico; de tipo cognitivo, como **síndrome de Down**; u otras discapacidades caracterizadas por limitaciones significativas en el desarrollo intelectual y en la conducta adaptativa, o por presentar características que afectan su capacidad de comunicarse y de relacionarse, como el síndrome de Asperger, el autismo y la discapacidad múltiple.

También ha expresado esta corporación que no cabe duda de que el retardo mental o déficit cognitivo, es una de las tantas alteraciones que derivan en discapacidad, razón más que suficiente para proteger a los niños, niñas o adolescentes, en tanto es patente la debilidad manifiesta en la que se encuentran; no hacerlo sería dejarlos en un plano de desigualdad, que resulta constitucionalmente inadmisibile.⁷

(..)

“Así pues, el retardo mental constituye una condición de debilidad manifiesta que, desde la perspectiva constitucional, exige que la persona afectada sea objeto de medidas de protección especiales. Por lo anterior, cuando alguien que padece retardo mental encuentra afectada su salud física y acude a solicitar atención ante la entidad de seguridad social a la que se encuentra afiliado y de quien legalmente puede demandar protección, ésta debe dispensarle un tratamiento preferencial. Preferencia que se concreta en el derecho a reclamar aquella atención que requiera para reestablecer su salud física, independientemente de si la prestación se encuentra o no incluida en el Plan obligatorio de salud que le corresponda⁸.”

Ahora bien, el derecho fundamental a la salud comprende, entre otros, el derecho a acceder a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad, cuando estos se encuentran incluidos o no en el plan identificado y reglamentado por las normas sobre el tema teniendo en cuenta las excepciones del caso, en atención a que dichos contenidos se hallan regulados y financiados a través de los dos sistemas de salud existentes, el

⁶ Respecto del tema del deber estatal de otorgar un trato especial a las personas con discapacidad, y la discriminación que puede surgir de la omisión de las autoridades en este respecto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-427 de 1992; T-441 de 1993; T-290 de 1994; T-067 de 1994; T-288 de 1995; T-224 de 1996; y T-378 de 1997.

⁷ Sentencia T-765 de 2011.M.P. NILSON PINILLA PINILLA

⁸ Sentencia T-478 de mayo 15 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

contributivo y el subsidiado. 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.

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 EPS, las que deben prestar los servicios requeridos por sus afiliados, mientras estos estén cubiertos por el POS, no obstante si estos no se encuentran enlistados en el plan de beneficios, no puede convertirse en un impedimento para que reciba la atención integral necesaria, ya que se encuentra en juego derechos de rango constitucional, como el derecho a la salud.

Al respecto el máximo órgano Constitucional se ha pronunciado, manifestando que las entidades responsables de la prestación de los servicios de salud, tienen la obligación de garantizar el acceso a los mismos, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios, considerando lo siguiente:

“El acceso al servicio médico requerido pasa, a veces, por la superación de determinados trámites administrativos. Esto es razonable, siempre que tales trámites no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir. De ello también dependen la oportunidad y calidad del servicio.

La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta. Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas.

Expresamente, la regulación ha señalado que “los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente.” En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico’⁹

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala especial. Auto 066 de 2012. Referencia: Seguimiento al cumplimiento de la orden vigésimo tercera de la sentencia T-760 de 2008. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Ahora bien, como regulación normativa tenemos la Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016¹⁰, *"Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"* y es en este mismo acto administrativo general donde se fijan los procedimientos que están a cargo o no de las entidades prestadoras del servicio-EPS, por lo que es esta la normativa aplicable en el evento que este sea en el caso *sub examine*.

La Corte Constitucional en varias oportunidades ha advertido que todas las personas naturales tienen el derecho a que se les garantice el acceso a los servicios y medicamentos necesarios para tratar las molestias en su salud.

Ello se ha reiterado con más vehemencia, una vez se adoptó el criterio del carácter autónomo del derecho fundamental a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano. En principio, el derecho a la salud, sólo se ve garantizado con relación a lo establecido en el Plan Obligatorio de Salud –POS–, debido a las limitaciones presupuestales existentes del Sistema General de Seguridad Social en Colombia, **las cuales en todo caso no pueden servir de pretexto, ni excusa para vulnerar derechos fundamentales.**

En tal sentido, se supone que si hay un servicio o medicamento que no esté incluido en el POS, éste deberá ser asumido por la persona que lo necesite, empero la Corte Constitucional, para efectivizar la aplicación de los derechos fundamentales, ha establecido que cuando una persona o su familia no cuentan con los recursos propios para atender la enfermedad padecida, es el Sistema General de Seguridad Social el llamado a asumir los costos del tratamiento. En relación con la procedencia de las solicitudes de medicamentos y servicios no incluidos en el POS, la Corte en la Sentencia T-756 de 2010, advirtió:

“(...) Para estas situaciones, la Corte ha fijado cuatro requisitos básicos que se deben cumplir con el fin de proteger por vía de tutela el derecho fundamental a la salud y así dar paso a la inaplicación de las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud, a saber:

- i) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio.

¹⁰ Regulación normativa que derogó la resolución 5592 de 2015 *"ARTÍCULO 138. VIGENCIA Y DEROGATORIA. El presente acto administrativo rige a partir del 1º de enero de 2017 y deroga las Resoluciones 5592 de 2015, 001 de 2016 y demás disposiciones que le sean contrarias"*

- ii) ii) Que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenace los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física.
- iii) iii) Que el medicamento no pueda ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; iv) Que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido.

En todo caso, el juez de tutela deberá verificar en cada contexto particular si se cumplen estos presupuestos para que una vez comprobados se pueda ordenar a la EPS correspondiente el suministro de los tratamientos, medicamentos o servicios adicionales necesarios en la realización del procedimiento médico requerido. (...)”

Si bien es cierto, los procedimientos médicos incluidos en el plan obligatorio de salud están a cargo de las EPS, 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 EPS, pueden acudir al recobro frente al Estado a través de la entidad encargada de su financiamiento, quien recibe los recursos del sistema general de participación para financiar este tipo de servicios y de acuerdo a la reglamentación existente para el efecto.

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 los mismos por parte de las E.P.S.-S, ellos 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, por lo 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.

III. TRANSPORTE COMO FORMA NECESARIA PARA MATERIALIZAR EL SERVICIO DE SALUD, INCLUIDOS LOS MUNICIPIOS DONDE NO SE PAGA UPC DIFERENCIAL:

Con relación al tema de los gastos de transporte, ha dicho la H. 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 regulación¹¹ 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."¹²⁻¹³ 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 costos¹⁴.

Pero no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario. 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."¹⁵

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

¹¹ 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 más cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. (...)'

¹² 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.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-197 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

¹⁴ 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 trasplante de riñón. La Corte contempló la eventualidad de que la persona requiriera ir con un acompañante.

¹⁵ 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).

instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado¹⁶ 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).¹⁷

Como se puede observar, de acuerdo con las circunstancias especiales de salud y de situación económica del paciente, se hace necesario por las condiciones 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.)¹⁸.

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

¹⁶ 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 practicaran los controles médicos y exámenes que requería.

¹⁷ Sentencia T-760 de 2008.

¹⁸ Sentencias T-539 de 2003 y T-T-493 de 2006.

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 cuenten 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.”¹⁹

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 52669 de 2017²⁰ en su artículo 3.2,

¹⁹ Sentencia T-099 de 2006.

²⁰ http://www.consultorsalud.com/sites/consultorsalud/files/nuevo_plan_de_beneficios_para_el_2018_-_resolucion_5269_de_2017.pdf

parágrafo, artículo 4, parágrafo, artículo 6º artículo 12 y 14. Plantea la responsabilidad de la EPS, con cargo a la UPC.

Por su parte, la nueva normativa que regula el contenido del POS, la Resolución 6408 de 2016 del Ministerio de Salud, consagra sobre el tema en estudio:

“ARTÍCULO 126. TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES. El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

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”..

Asimismo, la siguiente providencia de la Corte, reitera el tema del transporte, y aclara la interpretación sobre este servicio como cubierto con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, es decir, incluido en el POS, tanto en las zonas que por dispersión geográfica se paga la UPC adicional, como en los demás lugares del país. La mencionada providencia, por su importancia en el tema puesto a consideración de la Sala, se transcribe a continuación:

“Respecto al tema en cuestión, el Acuerdo 029 de 2011 proferido por la Comisión de regulación en Salud -CRES-, señala en su artículo 42²¹ que el Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud, dentro del territorio nacional, para aquellos usuarios que requieran un servicio no disponible en la institución remitora.

Del mismo modo, dispone que se garantiza el servicio de transporte para el paciente que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo atendiendo: i) el estado de salud del paciente, ii) el concepto del médico tratante y iii) el lugar de remisión. En consecuencia, aunque el transporte debe ofrecerse en ambulancia, este no es el único modo de garantizarlo, ya que se permite la utilización de los “medios disponibles”.

Adicionalmente, el artículo 43 del acuerdo mencionado²² se ocupa del transporte del paciente ambulatorio y dispone que tal servicio debe ser cubierto con cargo a la prima adicional de las unidades de pago por capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.

El Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución 4480 de 2012, fijó el valor de la UPC para el año 2013 y señaló que se le reconocería a los departamentos de Amazonas, Arauca, Casanare, Caquetá, Chocó, La Guajira, Guainía, Guaviare, Meta, Putumayo, Sucre, Vaupés, Vichada y la región del Urabá, excepto los municipios de Arauca, Florencia, Yopal, Riohacha, Sincelejo y Villavicencio.

En tal contexto, se concluye que la prima adicional es un valor que el Estado destina a los departamentos y regiones en los cuales por haber menor densidad poblacional se generan sobre-costos en la atención, entre

²¹ “ARTÍCULO 42. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

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

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

²² “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.”

otras razones, por el traslado de pacientes a centros urbanos que sí cuentan con la red prestadora especializada de alto nivel de complejidad.

De lo anterior se infiere, que las zonas que no son objeto de prima por dispersión, cuentan con la totalidad de infraestructura y personal humano para la atención en salud integral que requiera todo usuario y por lo tanto no se debería necesitar de su traslado a otro lugar. Sin embargo, en caso de que éste sea necesario, se deberá afectar el rubro de la UPC general, pues es responsabilidad directa de la EPS garantizar la asistencia médica de sus afiliados.

Así las cosas, no se debe recurrir a la entidad territorial a solicitar el pago de los servicios de transporte y alojamiento de pacientes, pues de conformidad con la Ley 715 de 2001, dicha entidad financiará la atención de la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, es decir, los servicios No POS-S; en consecuencia, no les corresponde asumir gastos propios del catálogo de beneficios como es el caso del transporte. Sobre el particular, la Corte manifestó en la sentencia T-371 de 2010:

“Ahora bien, la Ley 715 de 2001 determina las competencias de las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud de los participantes vinculados. En efecto, corresponde a los departamentos²³, gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. Por su parte, se determina como

²³ “Ley 715 de 2001. ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD. (...)43.2. De prestación de servicios de salud:

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

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

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

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

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

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

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

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

competencia del municipio²⁴ la de identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, así como celebrar contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable.”

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, determinó 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”, en ese orden de ideas “es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS.” Lo anterior encuentra fundamento en la finalidad constitucional de que se remuevan las barreras y obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios de salud que requieren con necesidad.

De conformidad con lo expuesto, se advierte que el transporte es un servicio cubierto por el POS que, pese a no contar con una naturaleza médica, constituye un medio para garantizar el acceso al tratamiento que requiera la persona.

En conclusión, por una parte, en las áreas a las que se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro. Por otra, en los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagarán por la unidad de pago por capitación básica. Las mismas reglas deberán aplicarse al alojamiento debido a que su necesidad se configura en las mismas condiciones que el traslado.

En el mismo sentido, el alto tribunal indicó tres situaciones en las que procede el amparo constitucional en relación con la financiación de un

²⁴ Ley 715 de 2001. ARTÍCULO 44. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS. (...) 44.2. De aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud:
44.2.1. Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin.
44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia.
44.2.3. Celebrar contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y realizar el seguimiento y control directamente o por medio de interventorías.
44.2.4. Promover en su jurisdicción la afiliación al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud de las personas con capacidad de pago y evitar la evasión y elusión de aportes.”

acompañante del paciente²⁵, como se lee: "(i) que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) que requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado".(Negritas de las Sala para resaltar)²⁶

Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan acceder a los servicios de salud que requiere, cuando estas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo. 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.

Como se puede observar, de acuerdo a las circunstancias especiales de salud, económica 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, sean asumidos por la entidad encargada de costear los servicios de salud, como lo es la EPS.

No obstante, aclara la Sala que para ordenar a través de la acción de tutela la prestación del servicio de transporte del paciente y su acompañante, de ser necesario este último, es menester que dentro del expediente se encuentre demostrada la necesidad de prestación del servicio de salud por fuera del municipio de residencia del paciente, pues como ya se advirtió, es condición indispensable para la protección del derecho fundamental que este se encuentre amenazado o vulnerado, es decir, que exista certeza de la existencia de indicación médica en este sentido, para que se habilite el juez de tutela a expedir dichos mandatos, y en caso de ser meramente hipotéticos o eventuales, los servicios por fuera de la ciudad, no es posible vislumbrar la vulneración y por ende se encuentra vedado el expedir órdenes en este sentido.

²⁵Corte Constitucional, sentencia T-350 de 2003. Esta decisión ha sido reiterada por la Corte en varias ocasiones; entre otras, en las sentencias T-962 de 2005 y T-459 de 2007.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-671 de 2013.

IV. EL CASO CONCRETO.

Teniendo en cuenta el anterior marco normativo y jurisprudencial, de cara a los hechos de la solicitud de tutela y las pruebas recaudadas, nos encontramos que efectivamente el accionante (Discapacitado de tipo cognitivo) se encuentra con un padecimiento en su salud, por lo que merece de una atención médica por parte del Estado.

Sobre el particular, la parte actora pretende, que se le ordene a la entidad accionada la autorización para valoración con Médico Cirujano Gastroenterólogo que realice el procedimiento que requiere su hijo denominado "**PROCEDIMIENTO DE RETIRO ENDOSCÓPICO DE STENT METÁLICO DE ESÓFAGO**" y a su vez, el reconocimiento de viáticos de transporte, alojamiento y alimentos para ella y su hijo, a la ciudad de Barraquilla en caso de que el procedimiento se lleve a cabo en la Clínica Reina Catalina de esa ciudad, o de otra que disponga la EPS.

En ese orden, de la historia clínica allegada al proceso (folio 12 A 23), se puede evidenciar que el joven ANDRÉS EMILIO PÉREZ BOLAÑO, padece de Síndrome de Down y presenta diagnóstico de "CUERPO EXTRAÑO EN EL ESÓFAGO" razón por la cual se le ordenó el "PROCEDIMIENTO DE RETIRO ENDOSCÓPICO DE STENT METÁLICO DE ESÓFAGO".

En virtud de lo expuesto, para este cuerpo colegiado, las Entidades Promotoras de Salud deben cumplir con el deber constitucional de prestar el servicio de salud de modo oportuno, adecuado e ininterrumpido, de manera que las personas beneficiarias puedan continuar con sus tratamientos para la recuperación de la salud. Por lo tanto, no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del derechos constitucionales fundamentales.

No se debe olvidar, que la salud es un derecho fundamental que se define como "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Al mismo tiempo, se ha indicado que tal

derecho se debe garantizar en condiciones de dignidad dado que su materialización resulta indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales”.

En ese orden de ideas, dado el interés prevalente del derecho a la salud de las personas de especial protección constitucional como lo es el accionante y en garantía del principio de atención integral, pues se reitera, que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y que comprende – entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

En lo atinente a su cobertura, como mandato general, es claro que el derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. De igual manera, comprende la satisfacción de otros derechos vinculados con su realización efectiva; por ello, según el legislador estatutario, 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"*²⁷.

En consecuencia, no existe razón alguna de la cual se pueda inferir que el fallo debe ser revocado en este punto, dado que el mismo no hizo sino aplicar las normas constitucionales y legales sobre la materia, y los parámetros trazados por la jurisprudencia sobre el tema, pues se encuentra demostrada la necesidad del servicio, su prestación por fuera del municipio de Sincelejo, de ser necesario, por consiguiente habrá de confirmarse el fallo recurrido.

Por último, en cuanto a la solicitud del recurrente tendiente al recobro al FOSYGA, considera esta Magistratura, que no hay lugar, atendiendo a las razones expuesta en la parte considerativa de la providencia, aunado a que estamos en presencia de servicios médicos requeridos por un sujeto de especial protección constitucional.

²⁷ Artículo 4 de la Ley 1751 de 2015.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia impugnada, esto es, la proferida el 02 de marzo de 2018 por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. Según lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE, personalmente o por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: 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.

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

QUINTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, 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° 062.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA