



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, dieciocho (18) de mayo del dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN:	TUTELA.
PROCESO:	70-001-33-33-008-2018-00068-01
DEMANDANTE:	ROSA MARÍA VERGARA HERNÁNDEZ¹
DEMANDADO:	NUEVA EPS.
M.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 OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO - SUCRE, el día 17 de abril de 2018, la cual tuteló los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA².

La señora ROSA MARÍA VERGARA HERNÁNDEZ, quien actúa en representación de la señora MARÍA ESTELLA MONTERROZA MONTERROZA 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.

En amparo de sus derechos, **pretende**, que se le ordene a la NUEVA EPS, ordenar sin más dilación la práctica de cirugía "**BARIATICA SLEEVE GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA**", la cual viene ordenada por médico tratante, igualmente, que se garantice su tratamiento integral, en relación a

¹ Quien actúa en representación de la señora María Estella Monterroza Monterroza.

² Folio 1 a 7 C.Ppal.

la patología que padece, es decir, que no se le niegue ningún servicio de salud, citas médicas especializadas, procedimientos y medicamentos POS y NO POSS, para el manejo de su enfermedad, en caso que la cirugía sea ordenada por fuera de la ciudad, ordenar a la EPS asumir gastos de transporte intermunicipal, transporte internos, alimentación y hospedaje.

Como **fundamentos fácticos**, se resumen los siguientes:

Aduce la parte actora, que tiene 47 años de edad y se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, presenta un antecedente de Obesidad Mórbida, desde hace 5 años, la cual ha sido tratada por las diferentes especialidades médicas competentes.

Que el día 8 de agosto de 2017, fue valorada por Neurocirugía, en la Organización Clínica del Norte, en la ciudad de Barranquilla, por motivo de dolor sacro, debido al antecedente de obesidad mórbida, considerando que se beneficia de cirugía para reducción de peso.

Afirma, que el 4 de diciembre de 2017, fue valorada por medicina interna, en la IPS "SALUD A TU LADO", en donde se consideró CIRUGÍA VASCULAR Y CIRUGÍA BARIATICA.

Sostuvo que, el 7 de diciembre de 2017, fue valorada por CIRUGÍA VASCULAR, por motivo de DISCOPATIALUMBOSACRO L1-L5 HIPERLORDOSIS, enfermedad CAROTIDEA ATEROMOSICA, quien considera tratamiento médico y valoración por equipo de CIRUGÍA BARIATICA.

Que para el 22 de enero de 2018, fue valorada por cirugía general, en la Clínica del Norte, quien considera que amerita CIRUGÍA BARIATICA para mejorar su calidad de vida y por ello autoriza orden de SLEEVE GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA y previa valoración por Anestesiología.

Asegura que, remitió el paquete correspondiente de la cirugía solicitada a la NUEVA EPS, para que le hicieran el trámite de autorización de la misma, el cual no tuvo respuesta favorable, por lo que a través de un derecho de petición presentado el 15 de febrero del año en curso, les solicitó autorización por la especialidad de Anestesiología y posteriormente la Cirugía, y en respuesta al mismo, manifiestan que el servicio ha sido devuelto ya que no cumple con los requisitos por falta de justificación y pertinencia médica en la

historia clínica, situación que vulnera sus derechos fundamentales, ya que la no realización de esa cirugía le genera otras enfermedades a causa de la patología Obesidad Mórbida.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL:

- Presentación de la demanda: 4 de abril de 2018 (fol. 7 y 34).
- Admisión de la tutela: 5 de abril de 2018 (fol. 35-36).
- Contestación de la tutela: 9 de abril de 2018 (folio 38 a 40).
- Sentencia de primera instancia: 17 de abril de 2018 (fol. 44 a 52).
- Impugnación: 23 de abril de 2018 (fol. 55-56).
- Concesión de la impugnación: 23 de abril de 2018 (fol. 57-58).

1.3. INFORME RENDIDO³.

La EPS accionada rinde su informe, argumentando que, la accionante registra afiliación en esa EPS, en calidad de beneficiaria del régimen subsidiado, encontrándose activa su afiliación.

Afirmó que, ha recibido por parte de esa EPS, toda la ayuda y colaboración posible, lo cual ha incluido todos los servicios del PBS, lo cual indica que en ningún momento se ha negado a suministrar medicamentos, procedimientos y/o servicios PBS y NO PBS, por lo tanto no existe incumplimiento por parte de la entidad.

Aseguró además, que la solicitud realizada no es viable, en razón a que la cirugía requerida es un procedimiento NO POS, hoy plan de beneficios en salud -PBS-, esta práctica de intervención quirúrgica procede solo de conformidad con las prescripciones e indicaciones del grupo interdisciplinario de especialistas de la EPS, las cuales se encuentran en proceso de validación.

Que además de no obrar prueba en el expediente de escrito de rechazo o negación por parte de NUEVA EPS, pues a su favor consta de autorización para procedimiento SLEEVE GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, por lo cual, se encuentra recibiendo atención con relación a su diagnóstico.

³ Folio 38 a 40 C.Ppal.

Igualmente expuso, que están en acercamiento con la IPS con el fin de validar lo ocurrido con la autorización de este procedimiento y su procedencia, por lo tanto no podría decirse que existe negación alguna del servicio.

Argumentó, que si bien se tiene la valoración de un médico tratante, no se acreditó la exigencia jurisprudencial de la valoración técnica por el grupo interdisciplinario de médicos adscritos a la entidad, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento.

Por último señaló, que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, por cuanto lo pretendido por la accionante no es procedente y de manera subsidiaria solicita, se ordene una valoración pertinente para determinar si el procedimiento que requiere la accionante es de naturaleza cosmética o funcional, y ordenar la vinculación de la Secretaría de Salud distrital, ya que es el ente competente para ejecutar la entrega de los suministros no PBS del afiliado, ya que pertenece al régimen subsidiado, igualmente, que de ser tutelado el derecho de la actora, se les habilite a repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, por el 100% de la totalidad de los valores que deba asumir NUEVA EPS.

1.4. LA SENTENCIA IMPUGNADA⁴:

El Juez de primera instancia, luego de estudiar el tema de la protección del derecho a la salud y a la seguridad social, los presupuestos jurisprudenciales del derecho al transporte para pacientes, así como el principio de atención integral en lo que respecta al particular de la Cirugía Bariátrica, consideró que, sobre el caso concreto, se encontraban superados los requisitos estipulados por la jurisprudencia constitucional, para entrar a amparar el derecho a la salud y vida digna, en estos casos, ya que de la historia clínica se extrae que a la señora María Estela Monterroza, ha sido valorada por los profesionales de la salud que le fueron indicados por su prestadora de servicio, como son psicología, nutricionista, medicina interna, cirujano gastrointestinal, entre otros, los cuales confluyeron en la necesidad de la CIRUGÍA BARIÁTRICA DE ESLEEVE GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA,

⁴ Folio 44 a 52 C.Ppal.

habiendo agotado los métodos alternativos de valoración y recomendación nutricional, así como de medicamentos

Lo anterior, dio lugar a que el juez de primera instancia tutelara los derechos invocados por la actora, y ordenará la autorización de CIRUGÍA BARIATRICA por haber sido prescrita por el grupo médico de la EPS accionada además del cumplimiento de los presupuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional, ordenando además del suministro de viáticos de ser necesarios.

1.5. LA IMPUGNACIÓN⁵.

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

"(SIC)..

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.

Sobre el punto de la sostenibilidad financiera, ha sido muy explícita la Corte al considerar que no se le puede imponer una carga a las entidades de salud que no están en el deber jurídico de soportar, porque entiende que hacerlo acarrearía con la quiebra de ellas de la misma forma que como con los recursos del Estado. Así se ha referido, por ejemplo con procedimientos a los cuales se busca subsidio por parte del Estado:

La Sala advertirá a los jueces de instancia para que en lo sucesivo se abstengan de ordenar intervenciones o tratamientos médicos que no

⁵ Folio 55-56 C. Ppal.

cumplan con los requisitos consagrados en la normatividad y de acuerdo con los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional, toda vez que dichas órdenes pueden constituirse en grave detrimento del patrimonio del Estado, ocasionando un desequilibrio financiero del sistema de salud en su conjunto.

Por lo anterior para que el sistema sea sostenible financieramente, debe atenderse los límites que ha establecido el Gobierno Nacional.

Sentencia T-017/13: La idea de que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son limitados y normalmente escasos ha llevado a un consenso sobre la relevancia de reservarlos a asuntos prioritarios. En el ámbito de la acción de tutela, esto significa que deben ser invertidos en la financiación de prestaciones que no pueden ser asumidas directamente por sus destinatarios.

Sentencia T-399/13 - PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO: La defensa del patrimonio público como derecho colectivo, debe ser observado por todas las autoridades estatales, incluso por parte de las autoridades judiciales, quienes emiten providencias que pueden generar la intervención del erario público, y ésta debe estar plenamente justificada en material probatorio suficiente y acorde con las circunstancias de cada caso concreto. Esto porque la tutela no es un mecanismo alternativo que reemplace los procesos judiciales o que permita adoptar decisiones paralelas a las del funcionario que está conociendo de un determinado asunto radicado bajo su competencia. (...)

OBLIGACIONES DE LOS USUARIOS: Es pertinente recordar al despacho que los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud no solo tienen derechos, si no que por el hecho de recibir unos beneficios descritos en un plan de beneficios también les asisten obligaciones y deberes que cumplir, conforme lo establece el Art. 10 de la Ley Estatutaria 1751 de 20152, el Artículo 160 de la LEY 100 19933 y Artículo 139 de la Ley 1438 de 2011”.

Bajo los argumentos esgrimidos, solicita que, se revoque el fallo de primera instancia, igualmente, de ser confirmada la sentencia, solicita que, se le reconozca el derecho a repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA por el 100% de la totalidad de los valores que deba asumir NUEVA E.P.S.

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. PROBLEMAS JURÍDICOS.

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 la patología*

padecida ha sido considerada jurisprudencialmente como un como problema de salud pública (OBESIDAD MORBIDA)?

Igualmente, se plantea la Sala, ¿Se vulnera el derecho a la vida, salud y seguridad social del adulto mayor, al que se le omite garantizarle los gastos de transporte y servicio de acompañante a otra ciudad distinta a la residencia, según la remisión ordenada por el médico tratante, para ser valorado en la especialidad médica requerida?

Teniendo en cuenta lo anterior, previo abordar el estudio del caso concreto, se estudiarán los siguientes temas, i) Derecho a la salud y principio de atención integral ii) Prestación de servicios médicos a cargo de la entidad prestadora de salud, iii) Transporte como forma necesaria para materializar el servicio de salud y iv) El caso concreto.

2.3. ANÁLISIS 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 salud⁶, 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

⁶ 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)

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.

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

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 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'"⁷

Ahora bien, como regulación normativa tenemos la Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016⁸, *"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*.

⁷ 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.

⁸ 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"*

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- hoy, Plan de Beneficios en Salud, 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, hoy PBS, 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 que puedan no estar incluidos en el PBS, la H. 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.*
- ii) Que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenace los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física.*
- 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 de Beneficios 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.

Ahora bien, pese a que la impugnación no se orientó a controvertir lo atinente a las autorizaciones para la “CIRUGÍA BARIÁTRICA DE ESLEEVE GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA” sino, meramente al tema de la autorización de los gastos de transporte, precisa la Sala importante conocer la evolución jurisprudencial que ha tenido la acción de tutela respecto a los procedimientos médicos que en algún momento se consideraron como cosméticos, (CIRUGIA BARIÁTRICA O BYPASS GÁSTRICO) excluidos del Plan de Beneficios de Salud, pero que no obstante, al considerarse el sobrepeso y la obesidad como el quinto factor principal de riesgo de defunción en el mundo, fueron atendidos como un problema de salud pública y por ende tutelable a través de esta vía constitucional, al mismo tiempo quedó cobijado, por el Acuerdo 029 de 2011, que incluyó un conjunto de 5.874 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios, y más de 730 medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología de usuarios de todas las edades. Este Acuerdo se

reitera, incluye expresamente el procedimiento de "BYPASS GÁSTRICO" con el código CUPS- 449500⁹

Un antecedente importante, lo encontramos en la Sentencia T-414 de 2008¹⁰, en donde la H. Corte Constitucional, explicó:

"DERECHO A LA SALUD-Requisitos para la cirugía de By pass Gástrico por obesidad mórbida excluida del POS

Sobre la base de la línea jurisprudencial que se acaba de exponer, se extrae que la Corte ha ordenado la autorización para procedimientos quirúrgicos relacionados con la obesidad mórbida genéricamente descritos como bariátricos en el entendido de que se trata de procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS-, para ello ha exigido el cumplimiento de dos clases de condiciones de (i) orden general y (ii) particular. Como generales ha aplicado las reglas sobre la procedencia de la acción de tutela para autorizar servicios médicos no incluidos en el POS, haciendo un especial énfasis en que la intervención quirúrgica no puede tener fines estéticos. Particularmente, por la complejidad y el riesgo inherente de la cirugía bariátrica ha verificado (i) la efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento; (ii) el "consentimiento informado del paciente", que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo, y (iii) el respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno".

Posteriormente, la H. Corporación en análisis más reciente, determinó:

"OBESIDAD MORBIDA COMO PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA Y LA AUTORIZACION DE CIRUGIA BARIÁTRICA

El sobrepeso y la obesidad son el quinto factor principal de riesgo de defunción en el mundo. Cada año fallecen por lo menos 2,8 millones de personas adultas como consecuencia del sobrepeso o la obesidad. Se considera que el 44% de la carga de diabetes, el 23% de la carga de cardiopatías isquémicas y entre el 7% y el 41% de la carga de algunos cánceres son atribuibles al sobrepeso y la obesidad. La expansión de la obesidad en el contexto colombiano repercute, a su vez, en el mecanismo constitucional de la tutela. Según los estudios de la Defensoría del Pueblo, durante el año 2011 el procedimiento de bypass gástrico fue una de las cirugías más solicitadas, vía tutela, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado

DERECHO A LA SALUD Y CIRUGIA BARIÁTRICA O BYPASS GÁSTRICO POR EPS-Evolución de la línea jurisprudencial

En una primera etapa, esta Corporación amparó el derecho a la salud y ordenó la realización del bypass gástrico con fundamento en las reglas generales de procedencia de la acción de tutela para autorizar servicios médicos no incluidos en el POS, por cuanto se consideraba que la mencionada cirugía se encontraba excluida del Plan Obligatorio de Salud.

⁹ Los colombianos en general, y el juez constitucional en particular, cuentan recientemente con una herramienta electrónica de fácil uso para indagar cuáles medicamentos, procedimiento o servicios están incluidos en el POS, mediante el portal virtual VoxPopuli (<http://www.cres.gov.co/pospopuli/Inicio20.aspx>), cuyo uso se recomienda.

¹⁰ Magostada Ponente. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

No obstante, la sentencia T-414 de 2008 marcó un giro importante en la jurisprudencia de esta Corporación al establecer que el mencionado procedimiento quirúrgico estaba contemplado ya en el plan de beneficios obligatorios, aunque con otro nombre técnico¹¹”.

Así las cosas, en palabras de la Corte Constitucional, los criterios de procedencia, no se excluyen unos a otros y en el caso que el juez constitucional advierta que todos o alguno de los anteriores criterios no se satisfacen, deberá ordenar el cumplimiento de los mismos, todo en aras de la protección efectiva del derecho fundamental a la salud de la persona.

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 regulación¹² 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.¹³⁻¹⁴ 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

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-861 de 2012. M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

¹² 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. (...)’.

¹³ 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.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-197 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

domicilio diferente al de la residencia del paciente, si se carece de la capacidad económica para asumir tales costos¹⁵.

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."¹⁶.

*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 traslado¹⁷ 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."¹⁸(Las citas son de la providencia original).*¹⁸

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.)¹⁹.

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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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).

¹⁷ 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.

¹⁸ Sentencia T-760 de 2008.

¹⁹ Sentencias T-539 de 2003 y T-T-493 de 2006.

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.

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.”²⁰

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 5269 de 2017²¹ en su artículo 3.2, 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.

²⁰ Sentencia T-099 de 2006.

²¹ http://www.consultorsalud.com/sites/consultorsalud/files/nuevo_plan_de_beneficios_para_el_2018_-_resolucion_5269_de_2017.pdf

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 42²² 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 mencionado²³ se ocupa del transporte del paciente ambulatorio y dispone que tal servicio debe ser cubierto

²² "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."

²³ "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

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 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 departamentos²⁴,

cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión."

²⁴ "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.

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 competencia del municipio²⁵ 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 acompañante del paciente²⁶, 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)”²⁷

²⁵ 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.”

²⁶Corte 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.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-671 de 2013.

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.

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 la accionante 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 de la "CIRUGÍA BARIÁTRICA DE ESLEEVE GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA" y que de ordenarse ésta por fuera de la ciudad de Sincelejo, se ordene el reconocimiento de viáticos de transporte,

alojamiento y alimentos para ella y su acompañante, así como el tratamiento integral que se requiera, como citas, procedimientos médicos y medicamentos.

En ese orden, de la historia clínica allegada al proceso (folio 8 a 33), se puede evidenciar que la señora María Estela Monterroza Monterroza se le diagnosticó "OBESIDAD MÓRBIDA", y se le ordenó por sus médicos tratantes la "CIRUGÍA BARIÁTRICA DE ESLEEVE GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA" en la Clínica General del Norte S.A

En virtud de lo expuesto, para este cuerpo colegiado, es claro, que 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 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”²⁸.

Igualmente, con relación a la situación económica y su incapacidad para cancelar estos emolumentos y costear los procedimientos médicos requeridos, este tema resulta irrelevante, dado que el servicio se encuentra incluido en el PBS y por ello asegurado por la EPS independientemente de la capacidad económica del accionante, aunado, a que se encuentra bastante clara la necesidad de los servicios de salud requeridos, y acudiendo a las bases jurisprudenciales ya estudiadas, considera esta Magistratura que no existe punto alguno que se deba revocar en esta instancia, y al encontrarse incluido en el PBS, no puede facultarse el recobro al FOSYGA como lo pretende el accionado impugnante.

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 17 de abril de 2018 por el JUZGADO OCTAVO 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.

²⁸ Artículo 4 de la Ley 1751 de 2015.

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° 071

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA