



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dos (02) de Septiembre de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-008-2019-00199-01
ACCIONANTE: MARINA ESTHER SIERRA RICO
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.-ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”.
NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a decidir la impugnación presentada por las partes accionante y accionada, contra el fallo proferido por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de fecha 26 de junio de 2019, que concedió el amparo solicitado.

I.- ANTECEDENTES:

1.1- Pretensiones¹:

La señora **MARINA ESTHER SIERRA RICO**, a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela contra la **NUEVA E.P.S. - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, con el fin que se protejan sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital.

En consecuencia, solicita la accionante se ordene a la Nueva E.P.S., el reconocimiento y pago de las incapacidades prescritas por el médico tratante; o en subsidio, se le dé tal orden a COLPENSIONES.

¹ Folio 11, cuaderno de primera instancia.

Así mismo, pide la demandante que se ordene a la Nueva E.P.S., realice el traslado de la atención médica a la ciudad de Montería, debido a la cercanía con su lugar de residencia y continuidad de su tratamiento.

También requiere la tutelante que se ordene a la Nueva E.P.S., le reconozca y pague el servicio de transporte necesario para su traslado, desde la ciudad de Sincelejo, hasta Montería.

Y por último, solicita la accionante que se ordene a COLPENSIONES, realice las actuaciones administrativas correspondientes para determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y la fecha de estructuración de su invalidez.

1.2.- Hechos².

Manifiesta la accionante MARINA ESTHER SIERRA RICO, que le fue diagnosticado cáncer (Linfoma No Hodgkin), desde septiembre de 2018, fecha desde la cual, ha sido sometida a varios procedimientos médicos para contrarrestar los síntomas de dicha enfermedad.

Relata, que desde el diagnóstico de la enfermedad, la Nueva E.P.S. ha ordenado los tratamientos y procedimientos médicos en Montería, debido a la cercanía con su residencia y a las instituciones especializadas que se encuentran en esa ciudad, para el manejo de la patología.

Señala, que mediante órdenes médicas de abril 16 de 2019, su médico tratante, adscrito a la institución IMAT - ONCOMEDICA S.A. de la ciudad de Montería, le prescribió algunos procedimientos y/o tratamientos para contrarrestar los síntomas de su enfermedad; no obstante, la Nueva E.P.S., mediante autorizaciones de servicios ordenó la realización de dichos procedimientos en la ciudad de Barranquilla, lo que le resulta gravoso, toda vez, que de acuerdo con la sintomatología de su enfermedad, no le es

² Folios 1 - 3, cuaderno de primera instancia.

posible realizar traslado alguno hasta dicha ciudad, además, que la decisión de la entidad le altera la continuidad del tratamiento iniciado en Montería.

Indica la accionante, que mediante Oficio de fecha 18 de febrero de 2019, la Nueva E.P.S., remite concepto de rehabilitación desfavorable a la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", a efectos de que dicha entidad asumiera el pago de sus incapacidades médicas a partir del día 181 y fuera calificada la pérdida de su capacidad laboral.

Sostiene la tutelante, que actualmente se encuentra en imposibilidad de laborar, por lo que su médico tratante le ha prescrito sendas incapacidades:

1. Incapacidad N° 4480369, equivalente a 30 días de incapacidad.
2. Incapacidad N° 4787611, equivalente a 30 días de incapacidad.
3. Incapacidad N° 4837539, equivalente a 30 días de incapacidad.
4. Incapacidad N° 4909953, equivalente a 30 días de incapacidad.
5. Incapacidad N° 5004286, equivalente a 30 días de incapacidad.

Para un total, de 150 días de incapacidad.

Refiere, que el día 2 de mayo de la presente anualidad, solicitó el pago de las anteriores incapacidades ante la Nueva E.P.S., pero tal solicitud fue negada mediante oficio de fecha 20 de mayo de 2019, por presentar la demandante un concepto médico desfavorable de rehabilitación.

De igual forma, manifiesta que solicitó a COLPENSIONES el pago de las incapacidades ordenadas por su médico tratante; petición que fue resuelta mediante oficio de fecha 9 de mayo de 2019, donde se le solicita radique una nueva solicitud.

Aduce la actora, que actualmente es cabeza de hogar y no cuenta con los recursos suficientes, para solventar sus necesidades básicas y las de su grupo familiar y mucho menos, para cubrir los gastos de transporte y medicamentos para el tratamiento de su enfermedad.

Arguye la demandante, que sus días de incapacidad no superan los 180 días, por lo que la entidad competente para efectuar dicho pago es la Nueva E.P.S.

Y respecto a COLPENSIONES, anota, que es su deber iniciar el trámite de la calificación de pérdida de la capacidad laboral, toda vez, que ella presenta concepto desfavorable de rehabilitación, lo que significa que su estado de salud presenta mal pronóstico y evoluciona al deterioro e imposibilita la reincorporación laboral.

1.3.- Contestación de la acción.

.- **La Nueva E.P.S.**³, a través de apoderado judicial, contesta la tutela manifestando que emitió concepto desfavorable de rehabilitación de la accionante, el cual fue notificado a la Administradora Colombiana de Pensiones, quien tenía la obligación inmediata de otorgar pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiere lugar.

Así las cosas, sostiene, que le corresponde al fondo de pensiones asumir el valor de las incapacidades emitidas a la usuaria, hasta tanto realice la calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Expone, que la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el reembolso de gastos médicos o de transportes, licencias e incapacidades, puesto que, para ello existen otros medios jurídicos previstos en la normatividad vigente.

También precisa, que hay falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad, en tanto, el derecho fundamental que alega la accionante, se le ha vulnerado presuntamente por COLPENSIONES, quien debe iniciar las gestiones pertinentes para el reconocimiento y pago de las incapacidades mayores a 180 días.

³ Folios 59 - 64 del cuaderno de primera instancia.

Señala, que en el evento de que se decida conceder el amparo, deben adoptarse las medidas necesarias para preservar el equilibrio financiero del sistema, disponiendo el respectivo recobro dentro del menor tiempo posible, dando cumplimiento al principio de celeridad que debe caracterizar dicho trámite.

.- La Administradora Colombiana de Pensiones⁴, a través de apoderado judicial, contesta la tutela manifestando que a la accionante se le dio respuesta de fondo su solicitud, la cual fue de forma desfavorable, en razón a que las incapacidades inferiores a 180 días deben ser pagadas por la respectiva entidad prestadora de salud (EPS), de conformidad con lo previsto en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1049 de 1999.

Así mismo, indica, que se encuentra una solicitud por parte de la accionada para el trámite de la calificación de pérdida de capacidad laboral / ocupacional; y para tal efecto, mediante comunicación de junio 18 de 2019, se le solicitó *“copia de la historia clínica completa y actualizada o resumen de la misma - historia clínica completa y actualizada de oncología, reumatología y psiquiatría. Lectura de patología”*, sin que a la fecha se evidencie radicación alguna.

Argumenta, que le asiste falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto, la solicitud de pago de una incapacidad inferior a 180 días le corresponde de manera exclusiva a la respectiva E.P.S., en tal virtud, sostiene, que se le debe desvincular del presente trámite tutelar, de conformidad con el numeral 2º del Decreto 2591 de 1991.

1.4.- La providencia recurrida⁵. El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 26 de junio de 2019, tutela los derechos fundamentales a la salud, vida digna, seguridad social, mínimo vital y móvil de la señora Marina Esther Sierra Rico. En consecuencia, ordena

⁴ Folios 85 - 89 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 106 – 116 del cuaderno de primera instancia.

a la Nueva E.P.S. pagar las incapacidades médicas Nos. 4787611, 4837539, 4909953 y 5004286; así como a suministrar los gastos de transporte de la accionante y un acompañante, para acudir a las citas de control y a los distintos procedimientos que deba realizarse para la atención de su patología (linfoma no hodgkin), que sean autorizados por fuera de la ciudad de su residencia.

Igualmente, ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", para que proceda al trámite previsto para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de invalidez, requiriendo de la accionante la documentación y demás requisitos que se estimen pertinentes para resolver de fondo lo solicitado.

A su vez, ordena a tales entidades, que informen del acatamiento de las órdenes impartidas, conforme lo establecido en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, so pena de incurrir en las sanciones allí establecidas.

Considera el A-quo, que la obligación en el pago de las incapacidades hasta el día 180, radica en cabeza de la empresa promotora de salud, por lo cual es ésta entidad la llamada a responder por ello.

Precisa, que si bien la accionante puede acudir a la jurisdicción ordinaria a controvertir la decisión de la Nueva E.P.S., por el no pago de las incapacidades que no superan los 180 días, lo cierto es, que la misma Corte Constitucional ha señalado la falta de idoneidad del mecanismo ordinario, cuando los recursos de la incapacidad constituyen el único ingreso del trabajador para su sostenimiento, en razón a la protección del mínimo vital.

Indica, que someter a la accionante a acudir a la vía judicial ordinaria para perseguir tal pago, sería agravar aún más su situación, teniendo en cuenta que se trata de un adulto mayor (65 años de edad), que por su estado de salud es posible colegir la imposibilidad de seguir desarrollando la actividad de comerciante, ello sumado a la aseveración de ser cabeza de familia y no disponer de otros ingresos para solventar sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar.

Frente a la pretensión de la demandante, referente a que se ordene a la Nueva E.P.S. realizar el traslado de la atención médica de Barranquilla a la ciudad de Montería, debido a la cercanía con el lugar de su residencia y continuidad de su tratamiento, señala el A-quo, que no existe vulneración de los derechos fundamentales frente a este aspecto.

Al efecto, indica, que las E.P.S. tienen autonomía para prestar de forma directa los servicios de salud o en su defecto, contratar con las instituciones o profesionales del área de la salud, para prestar los servicios médicos que sus afiliados requieren y acorde con el plan de beneficios previsto.

Afirma, que en el presente asunto, se observa que la actora le resulta más gravoso el traslado hacia Barranquilla para acudir a las citas médicas, pero ello, no vulnera la continuidad en el servicio de salud, como quiera que la EPS está respondiendo con los servicios médicos prescritos.

Por otro lado, considera procedente ordenar a la Nueva E.P.S. que suministre los gastos de transporte a la parte actora, para acudir a los distintos procedimientos médicos que le sean autorizados por fuera de la ciudad de su residencia, en razón a su estado de vulnerabilidad económica, al tener a su cargo las necesidades de su núcleo familiar y no disponer de otros recursos, por fuera de los pretendidos con el pago de las incapacidades médicas.

En cuanto a los gastos del acompañante, dice, que aun cuando la accionante no alude a estos, se logra evidenciar que por ella ser un adulto mayor, padecer una enfermedad de las catalogadas como catastróficas y por tener un concepto de rehabilitación desfavorable, se colige la necesidad de contar con un acompañante para acudir a las citas y demás procedimientos programados por fuera de la ciudad de residencia, debido a la lejanía donde le fueron autorizados los servicios médicos.

Finamente considera, que es procedente ordenar a COLPENSIONES adelantar el trámite previsto para determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y la fecha de estructuración de invalidez, requiriendo

de la accionante la documentación y demás requisitos que se estimen pertinentes para resolver de fondo lo solicitado.

5.- La impugnación.

- **La Nueva E.P.S.**⁶, impugna la decisión de primer grado, manifestando que conforme el artículo 10 del Decreto 758 de 1990, procede al Fondo de Pensiones la obligación inmediata de otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiere lugar.

Manifiesta, que notificó al fondo de pensiones del concepto de rehabilitación y diagnóstico, por lo que era su responsabilidad el pago de las incapacidades a partir del día 181 de incapacidad.

En cuanto a la solicitud de transporte, viáticos, alimentación, hospedaje, dice que no se evidencia solicitud médica especial de transporte, por lo tanto, no está violentado ningún derecho.

Precisa, que esa solicitud no se encuentra incluida en los servicios que están en el plan de beneficios de salud (Resolución No. 5269 de 2017 – Por la cual se actualiza íntegramente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación UPC); por lo que no le corresponde proporcionar tales servicios.

De igual forma, señala que previo a la decisión de amparo en tal sentido, el Juez debe verificar que se encuentre probada la falta de capacidad económica de la accionante, antes de tomar una decisión que implique erogaciones extras para el sistema de seguridad social en salud; pues, el simple hecho de informar que la usuaria tiene gastos, no significa que se encuentre en situación de indefensión o que no pueda sufragar los costos que son solicitados.

⁶ Folios 123 – 126 del cuaderno de primera instancia.

Particularmente sobre el costo de alimentación, aduce, que en varios fallos de tutela se ha aclarado que dicha responsabilidad, recae en cada ser humano por el deber de autocuidado, independientemente de la enfermedad que desafortunadamente lo aqueje.

Así mismo, alega que conceder un tratamiento integral a la accionante que solo requiere un medicamento, insumo o procedimiento concreto, transgrede el derecho fundamental a la igualdad respecto de los demás afiliados; además, el principio de integralidad no debe entenderse de manera abstracta y supone, que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud, se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico.

Aduce, que es imperante que el Juez de tutela indique lo que requiere el accionante específicamente, para así evitar un fallo amplio donde se conceda lo que no requiere la accionante.

Finalmente, señala que en el evento que se decida conceder el amparo, se deben adoptar las medidas necesarias para preservar el equilibrio financiero del sistema, disponiéndose el respectivo recobro dentro del menor tiempo posible, dando cumplimiento al principio de celeridad que debe caracterizar dicho trámite.

- La Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”⁷, impugna la decisión de primer grado, argumentando que el día 18 de marzo de 2019, inició los trámites correspondientes con el fin de calificar la pérdida de la capacidad laboral de la accionante.

En tal sentido, señala, que mediante oficio 2019_4107145 – 1753948 del 18 de junio de 2019, se requirió a la accionante, una serie de documentos para proseguir con el trámite de la calificación. Y en respuesta a dicha solicitud, el 25 de junio de la presente anualidad, la demandante allegó la documentación requerida, la cual está siendo objeto de verificación con el

⁷ Folios 135 - 137 del cuaderno de primera instancia.

fin de ser tenida en cuenta, dentro del trámite de pérdida de la capacidad laboral.

En virtud de lo anterior, estima, que en el presente asunto se presenta una carencia actual de objeto, al haberse satisfecho la pretensión de la accionante.

- La demandante⁸, impugna la decisión de primer grado, señalando que tiene derecho a escoger dentro de la red prestadora de servicios médicos de la Nueva E.P.S., la institución que de acuerdo a sus necesidades y condiciones de salud, le resulten más convenientes.

Manifiesta igualmente, que se evidencia que la Nueva E.P.S., no puede garantizar la prestación de los servicios médicos especiales que ella requiere en el lugar de su residencia, esto es, la ciudad de Sincelejo; sin embargo, dicha atención había sido asignada inicialmente a la ciudad de Montería, en la institución IMAT – ONCOMEDICA S.A., y posteriormente en la Clínica Bonadona de la ciudad de Barranquilla, situación que le permite escoger la institución médica que más le resulte conveniente, que en su caso particular es la IMAT – ONCOMEDICA S.A., debido a la continuidad del tratamiento recibido y a la facilidad en el traslado hasta la ciudad de Montería.

En razón a lo expuesto, solicita se modifique parcialmente la decisión de primer grado, en el sentido de ordenar a la Nueva E.P.S., realice el traslado de la atención médica de la ciudad de Barranquilla a la ciudad de Montería, debido a la cercanía con el lugar de su residencia y continuidad de su tratamiento.

II.-TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA. Mediante auto de fecha 13 de agosto de 2019⁹, se admitió la impugnación contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

⁸ Folios 154 - 156 del cuaderno de primera instancia.

⁹ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

III.- CONSIDERACIONES:

3.1. Competencia: El Tribunal, es competente para conocer en **Segunda Instancia**, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

3.2. Problema jurídico

En el sub examine, el debate central se circunscribe en establecer:

¿La Nueva E.P.S. vulnera el derecho fundamental a la salud de la accionante, al no ordenar la continuidad del tratamiento requerido en la Ciudad de Montería?

¿Debe la NUEVA E.P.S. S.A., asumir los gastos de transporte y alojamiento del paciente y su acompañante, cuando las citas especializadas sean programadas por fuera del Municipio de Sincelejo?

¿Es procedente, a través de este mecanismo constitucional, ordenar a la NUEVA E.P.S., el pago de unas incapacidades por enfermedad? De ser afirmativa la respuesta, debe dicho ente pagar tales incapacidades.

¿La orden dada a COLPENSIONES referente al inicio del trámite para determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y la fecha de estructuración de invalidez, se encuentra superada?

Para abordar los problemas planteados, se hará énfasis en los siguientes aspectos: *i)* Generalidades de la acción de tutela; *ii)* Carácter fundamental del derecho a la salud y su protección por vía de tutela, *iii)* financiación de los costos que genera el desplazamiento de los pacientes, por parte de las entidades prestadoras de salud; *iv)* Procedencia de la tutela para reconocimiento y pago de prestaciones económicas – incapacidades; *v)* Calificación de pérdida de capacidad laboral y *vi)* caso concreto.

3.3.- Análisis de la Sala

2.3.1. Generalidades de la Acción de Tutela. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ejercerse con el objeto de reclamar la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando éstos se vean amenazados o vulnerados 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; la búsqueda de objetivos distintos, para los cuales el ordenamiento jurídico prevé otras instancias y jurisdicciones diferentes a la constitucional, excede el contexto establecido para la misma, tanto en la Carta Suprema, como en la ley.

2.3.2.- Del carácter fundamental del derecho a la salud y su protección por vía de acción de tutela.

La salud no cabe duda, es un derecho fundamental y autónomo. Así ha sido reconocido por la Corte Constitucional, quien ha precisado que *“la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...”*¹⁰, criterio compartido en providencia del 25 de febrero de 2009¹¹, por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la cual reseñó:

“El derecho a la salud, de rango constitucional y fundamental, es un pilar esencial en el ordenamiento jurídico colombiano, pues crea la base para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad¹². Para la Corte Constitucional¹³, el derecho a la salud es “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”.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 15 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹ Consejo de Estado. Sentencia de Tutela de 25 de febrero de 2009 - Rad. 2008-00602-0, C. P. Ligia López Díaz.

¹² Su importancia es tan preponderante, que en la Constitución Política se encuentra determinado entre otros, en los artículos 44, 46, 47, 49, 50, 52, 64, 78, 95 y 336.

¹³ Consultar entre otras, las sentencias T- 597-93, T-1218-04, T-361-07, T-407-08.

Bajo la connotación de derecho fundamental autónomo, *per se*, es evidente la procedencia de la acción de amparo para su protección, cuando quiera que el mismo, sea amenazado o vulnerado por autoridades públicas o particulares. Este carácter, permite su guarda, sin necesidad de estar en conexión con otros derechos fundamentales, verbigracia, la integridad, la vida, etc.

2.3.3. Financiación de los costos, que genera el desplazamiento de los pacientes, por parte de las entidades prestadoras de salud. Precedente Judicial.

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

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

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

La jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación¹⁴ 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

¹⁴ 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. (...)’.

del usuario.¹⁵⁻¹⁶ 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 costos¹⁷.

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 traslado¹⁸”

De acuerdo con lo anterior, las circunstancias de salud y de situación económica del paciente y que en su lugar de residencia no se puede prestar el servicio de salud requerido, se hace necesario, que los gastos de transporte y manutención, necesarios para acceder al mismo, sean 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-197 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

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

Adicionalmente, la Corte Constitucional 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 el traslado a una ciudad diferente a la de residencia. Al efecto, ha dicho:

“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.”²⁰

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

“La autorización del pago del transporte del acompañante resulta procedente cuando (i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”.

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

Por último, en relación con el cubrimiento del traslado de un acompañante de Gustavo Adolfo Sierra, considera la Sala que por causa de la esquizofrenia que padece y su dependencia a medicamentos que debe tomar diariamente para el mantenimiento de su estabilidad mental, es una persona que requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, por lo que autorizará también el cubrimiento del traslado de un acompañante”²¹

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 2017, en su artículo 3.2, párrafo, artículo 4, párrafo, artículo 6º artículo 12 y 14, plantea la responsabilidad de la EPS, con cargo a la UPC.

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

²⁰ Sentencia T-099 de 2006.

²¹ Sentencia T-099 de 2006.

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 mencionado ²³ 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.

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

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, gestionar la prestación de los servicios de salud,

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.

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.

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.”

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 entornos especiales de salud y de situación económica, se hace necesario, por las circunstancias e imposibilidad de prestar los servicios en ciertas ocasiones, de acuerdo al desarrollo y acceso tecnológico de la región, que los gastos de transporte y manutención necesarios para acceder al servicio, sean asumidos por la entidad encargada de costear los servicios de salud, como lo es la EPS.

No obstante lo anterior, 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.

3.3.4-. Procedencia de la tutela respecto al reconocimiento y pago de prestaciones económicas - incapacidades. En relación a la procedencia de la tutela respecto al reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la doctrina constitucional ha sostenido que, en principio, es improcedente este mecanismo tutelar, toda vez que el ordenamiento jurídico prevé y consagra una serie de herramientas judiciales de carácter ordinario, a afectos de reclamar y hacer valer derechos derivados del sistema general

de seguridad social integral, para lo cual, es menester acudir ante el juez ordinario laboral, a fin que resuelva las contingencias surgidas de las prestaciones y emolumentos que devienen del mencionado sistema.

Resultando ser procedente, de manera excepcional, "la posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional (...) en situaciones excepcionales, en las que exigirle al peticionario el agotamiento de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional o porque, por distintas razones, tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable. La necesidad de asegurar la materialización efectiva de las garantías fundamentales de quienes se ven enfrentados a situaciones que los hacen especialmente vulnerables y la imposibilidad de lograr ese objetivo en las instancias judiciales ordinarias es lo que, en últimas, hace procedente la acción de tutela"²⁶.

En igual sentido, el Tribunal Supremo en materia constitucional, sostiene que es necesario que el Juez de tutela realice un examen exhaustivo del contexto fáctico, que sustenten las pretensiones de la tutela, tales como, la condición socioeconómica, la edad, el estado de salud del accionante, los cuales constituyen puntos centrales y relevantes para determinar, si el procedimiento ordinario se torna eficaz y va en procura de la protección de los derechos fundamentales o por el contrario, esos procesos judiciales podrían causar una amenaza o vulneración a los derechos del demandante, en tanto, que la demora en su resolución, hace que se pongan peligro derechos constitucionales de primera generación.

Ahora bien, en tratándose del **pago de una incapacidad laboral**, la Corte Constitucional en Sentencia T-333 de 2013, ha aclarado a que entidades les corresponde cancelar el subsidio de incapacidad por enfermedad general hasta los 180 días, tal como se peticiona en esta acción de tutela de la referencia, así:

²⁶ Sentencia T – 333-13.

“4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.²⁷

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de “las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”, y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.

En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días²⁸ y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.²⁹”.

Por consiguiente, en las hipótesis reseñadas, de incapacidad por enfermedad general, el encargado de cubrirla por el primer período, menor a 3 días es el empleador. A partir de allí y hasta los 180 días, la responsable de cancelar ese monto es la respectiva Entidad Prestadora de Salud.

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, el máximo Tribunal Constitucional en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las

²⁷ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227. (...)

²⁸ Parágrafo 1º, Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999: “Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.

²⁹ La sentencia T-786 de 2009 (...) enumera los eventos en que la responsabilidad de las EPS en el reconocimiento de las incapacidades laborales causadas durante los primeros 180 días se traslada a los empleadores. El fallo indica que esto puede ocurrir cuando, por ejemplo, el trabajador no reúne el número mínimo de semanas cotizadas exigidas en el Decreto 47 de 2000; cuando el empleador incurrió en mora en el pago de las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella y cuando el empleador no informa sobre la incapacidad concreta del trabajador.

reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día uno hasta el día 540, así:

*“(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente³⁰.*

*(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.*

*(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.*

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”.
(Subrayas de la Sala)

En efecto, de conformidad con la citada providencia³¹, el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto, si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos, la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180, *“hasta el momento en que la*

³⁰ Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

³¹ En la que se ratifica, entre otras, la sentencia T-920 de 2009.

persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%”³², ello sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud, es favorable o desfavorable.

3.3.5-. Calificación de pérdida de capacidad laboral.

La pérdida de capacidad laboral, como uno de los escenarios que pueden desarrollarse dentro del campo de la seguridad social integral, encuentra su fundamento normativo en la Ley 100 de 1993. Esta última se enmarca como el conjunto de normas y procedimientos para proporcionar la cobertura de las contingencias de las personas y la comunidad, especialmente las que menoscaban la salud y capacidad económica³³.

El trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral, se encuentra contenido en el artículo 41 de la ley en mención, el cual dispone:

“Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

³² *Ibídem.*

³³ *Preámbulo ley 100 de 1993, mediante la cual “se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.*

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen.

A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales.

La calificación de la pérdida laboral, constituye un importante eslabón para la protección y el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política, que en caso de verse sujetos a la negligencia o dilaciones por parte de las Entidades facultadas para realizar los procedimientos que para el efecto se han establecido en la ley, se pueden ver seriamente conculcados o amenazados.

Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional, ha recalcado:

“Conforme con ello, la calificación de la pérdida de capacidad laboral ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional, como un derecho que tiene toda persona, el cual cobra gran importancia al constituir el medio para acceder a la garantía y protección de otros derechos fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital, en la medida que permite establecer a qué tipo de prestaciones tiene derecho quien es afectado por una enfermedad o accidente, producido con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral, o por causas de origen común”³⁴

3.4.- Caso concreto.

Aterrizando lo anterior al presente asunto, se procederán a resolver los problemas planteados en el siguiente orden:

-. La parte demandante solicita en esta instancia, que se ordene a la Nueva E.P.S. realizar el **traslado de su atención médica, de la ciudad de Barranquilla a la ciudad de Montería**, en razón a que tiene derecho a escoger dentro de la red prestadora de servicios médicos de la E.P.S., la institución que de acuerdo a sus necesidades y condiciones de salud le resulte más conveniente, siendo en su caso particular, la IMAT – ONCOMEDICA S.A., debido a la continuidad del tratamiento recibido y a la cercanía y facilidad en el traslado hasta la ciudad de Montería.

Pues bien, de las pruebas que obran en el expediente, se observa que la señora Marina Esther Sierra Rico, en la actualidad cuenta con 65 años de edad³⁵ y se halla afiliada a la NUEVA E.P.S, en calidad de cotizante, régimen contributivo.

Igualmente se advierte de la historia clínica aportada³⁶, que la demandante viene siendo tratada desde el mes de septiembre de 2017, por un tumor

³⁴ Sentencia T-056 de 2014.

³⁵ Nació el 15 de marzo de 1954, según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 15 del cuaderno de primera instancia.

³⁶ Folios 16 y ss del cuaderno de primera instancia.

benigno de la glándula parótida y actualmente, presenta un diagnóstico de cáncer (Linfoma No Hodgkin).

También se aprecia que la demandante, venía siendo tratada de su enfermedad en el IMAT – ONCOMEDICA S.A. de la ciudad de Montería, donde fue remitida por tumor de parótida. En dicho instituto, le fue prescrito a la accionante un plan de tratamiento³⁷, y en razón a ello, asistía a citas de control o de seguimiento con el Especialista en Oncología, quien expidió las respectivas órdenes médicas, entre ellas, la del procedimiento de quimioterapia³⁸.

La Nueva E.P.S. emitió las respectivas pre - autorizaciones y autorizaciones de servicios³⁹, para el tratamiento de la enfermedad de la accionante, no obstante, las mismas tenían remisión a la Organización Clínica Bonnadona – Porvenir S.A., ubicada en la ciudad de Barraquilla.

Atendiendo al anterior recuento, es claro que a la accionante le fue autorizado continuar con su tratamiento en la ciudad de Barraquilla, lo cual no ha sido de su agrado, en tanto, considera, que ello altera la continuidad del tratamiento iniciado en la ciudad de Montería.

Pues bien, cabe destacar, que el afiliado solo podrá elegir la IPS que tenga contrato o convenio de prestación de servicios de salud con su respectiva EPS, es decir, la libertad de escogencia se encuentra limitada por la oferta de servicios disponibles y solo en los casos excepcionales, se permite al usuario recibir la prestación de los contenidos del plan obligatorio de salud en cualquier IPS autorizada, así esta no tenga convenio o contrato con la EPS a la cual se encuentre afiliado. Tales casos son: **(i)** cuando requiera atención de urgencias; **(ii)** cuando exista autorización expresa de la EPS para un servicio específico; **y (iii)** cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS.

³⁷ Folios 16, 17, 18 y 19 del cuaderno de primera instancia.

³⁸ Folios 24 - 30 del cuaderno de primera instancia.

³⁹ Folios 20 - 23 del cuaderno de primera instancia.

Bajo esa premisa, encuentra la Sala que la EPS demandada **no** ha negado la prestación de los servicios de salud requeridos por la accionante y ha suministrado el tratamiento requerido en su red prestadora, pero no los ha direccionado a la IPS requerida por ésta (IMAT – ONCOMEDICA S.A.), sin que se advierta, ni alegue, que a la fecha ya no tiene contrato firmado con esta IPS y por tanto, ya no hace parte de su red restadora de servicios.

En tal sentido y atendiendo a la alegada continuidad⁴⁰ en el tratamiento asignado a la señora Marina Esther Sierra, es dable acoger la regla jurisprudencial que habilita al juez de tutela, a emitir la orden de tratamiento en determinada IPS.

Por lo anterior, habrá de adicionarse la sentencia de primera instancia en ese punto (no se dispuso nada en la parte resolutive) y en consecuencia, se ordenará a la NUEVA EPS, expedir las respectivas ordenes de servicios para que la demandante continúe su tratamiento en el Instituto IMAT – ONCOMEDICA S.A., ubicado en la ciudad de Montería.

-. Continuando con el segundo planteamiento jurídico, se procede a verificar si la NUEVA E.P.S. S.A. debe asumir los **gastos de transporte y alojamiento de la paciente y un acompañante**, cuando las citas especializadas sean programadas por fuera del Municipio de Sincelejo.

En lo relativo a gastos de transporte, la Sala, en oportunidades anteriores, ha señalado, que se éstos se encuentran incluidos dentro del Plan de Beneficios Básicos en Salud (PBBS), es decir, el servicio se torna como cubierto con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, incluido, por tanto, en el plan obligatorio de salud, tanto en las zonas que por dispersión geográfica se paga la UPC adicional, como en los demás lugares del país.

⁴⁰ **“Artículo 6° Ley 1751 de 2015. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud.** El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

d) **Continuidad.** Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas...”

Ahora, frente al reconocimiento del gasto de alojamiento y alimentación, igualmente se señala, que la entidad debe garantizar el pago de dichos gastos a la paciente, siempre que se ordenen los servicios médicos en ciudad diferente a la de su residencia, en tanto, como quedó precisado en el acápite que antecede, es responsabilidad directa de la entidad de salud garantizar la asistencia médica de sus afiliados, debiéndole proveer los recursos necesarios para el traslado, aspectos ínsitos en la debida y efectiva prestación del servicio de salud.

En ese sentido, resulta procedente y ajustado al sistema jurídico, la orden impuesta por el A quo a la NUEVA E.P.S. S.A., con el fin de que asuma los costos de traslado y alojamiento requeridos por **la paciente**, cuando las citas médicas sean programadas por fuera de la ciudad donde esté domiciliada la accionante.

En cuanto a los costos de un acompañante, se estima que es dable ordenarlos en esta oportunidad, atendiendo a los procedimientos que debe practicarse la accionante (quimioterapia), lo cual implica la asistencia de un acompañante cuando este servicio de salud, deba prestarse en una ciudad diferente a su lugar de residencia.

Por lo tanto, la Sala confirmará la sentencia en ese sentido.

En lo que hace al recobro de los insumos y medicamentos No Pos ante la ADRES, se señala que ello corresponde a un trámite administrativo que deberá adelantar la NUEVA E.P.S. S.A., con la correspondiente entidad; de ahí que respecto de dicha solicitud, este Tribunal se abstendrá de emitir una orden.

-. En relación al tercer problema jurídico planteado, esta Sala es del concepto que la sentencia de primera instancia que ordena a la Nueva E.P.S., **reconocer y pagar a la actora las incapacidades causadas Nos. 4787611, 4837539, 4909953, y 5004286**, debe ser **confirmada**, en razón a lo siguiente:

Esta Sala primeramente precisa, que la pretensión concerniente al pago de las incapacidades resulta procedente estudiarlo por vía de tutela, atendiendo al diagnóstico de salud que presenta la accionante y a su afirmación, no desvirtuada por la entidad accionada, concerniente a que no cuenta con otros ingresos para satisfacer sus necesidades más apremiantes, pues, no se encuentra actualmente laborando, precisamente, por su condición de salud.

Aceptándose lo anterior, se considera procedente la acción de tutela para propender por el pago de tales rubros y para conjurar la evidente amenaza a los derechos fundamentales de la accionante, que compromete de manera seria y especial, su derecho al mínimo vital, pues, se trata de un perjuicio irremediable que debe ser conjurado.

Ahora bien, según la jurisprudencia en cita -T-008 de 2018-, *el pago de incapacidades médicas laborales por enfermedad de origen común está a cargo de la EPS durante los primeros 180 días. A partir del día 181 y hasta el día 540, los pagos deben ser realizados por la Administradora de Pensiones. Luego, a partir del día 541, corresponde a la EPS asumir tales costos, sobre los cuales podrá solicitar el respectivo reembolso ante la ADRES de conformidad con las previsiones legales y pronunciamientos judiciales expuestos en este acápite.*

En análisis de lo dicho, en concepto de esta Sala, el pago que se reclama en esta oportunidad compete es a la Nueva E.P.S., pues, como quedó antes anotado, no se prueba que las incapacidades reclamadas estén dentro de los días establecidos para el Fondo de Pensiones para su pago (día 181 hasta el 540).

Ahora bien, luego de emitirse el fallo de primera instancia, la Nueva E.P.S. radica el día 12 de julio de 2019⁴¹, un escrito en el que informa que las respectivas incapacidades se encuentran aprobadas para pago y que la

⁴¹ Folio 164 del cuaderno de primera instancia.

accionante, debe acercarse a una sucursal del Banco de Colombia con su cédula original y retirar los respectivos pagos.

En prueba de lo indicado, se anexa copia de los registros de pagos efectuados por la Nueva E.P.S. en Bancolombia, en el cual aparece registro de la señora Marina Sierra Rico, con estado de: “*por entregar en ventanilla*”⁴².

Así mismo, se anexa copia del Oficio No. VO-GRC-DPE 1178782-19 de fecha 4 de julio de 2019 ⁴³, mediante el cual, la Dirección de Prestaciones Económicas de la Nueva E.P.S., le informa a la señora Marina Esther Sierra Rico que se ha realizado la aprobación de pago por concepto de incapacidades y/o licencias de acuerdo a su solicitud y que el desembolso, se hará efectivo en los días siguientes, de acuerdo a la programación de pagos de la Gerencia de la Tesorería de la Nueva E.P.S., por lo que debe presentar su documento de identificación en cualquier sucursal de Bancolombia a nivel nacional.

Acorde con lo anotado, se vislumbra que la entidad ha procedido con el pago de las incapacidades ordenado por el A quo y en tal sentido, se entiende superada esta circunstancia.

No obstante, se precisa que si bien se allegó al plenario copia del Oficio No. VO-GRC-DPE 1178782-19 de julio 4 de 2019, mediante el cual, se le informa a la accionante que se ha realizado la aprobación de pago de las incapacidades, considera la Sala, que no se encuentra acreditado que dicho oficio, fue realmente conocida o recibida por su destinataria.

En efecto, no se encuentra probado que tal comunicación haya sido enviada y recibida por la destinataria, a la dirección de residencia de la accionante.

⁴² Folios 165 - 166 del cuaderno de primera instancia.

⁴³ Folio 167 del cuaderno de primera instancia.

De ahí que en este caso, haya lugar a conceder el amparo solicitado, en el sentido de disponer que se le notifique o comunique a la accionante el contenido del Oficio No. VO-GRC-DPE 1178782-19 de julio 4 de 2019.

.- El último interrogante planteado tiene que ver con la orden dada a la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", para que proceda con el **trámite previsto para determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y la fecha de estructuración de invalidez de la accionante.**

Al respecto, alega COLPENSIONES que el 28 de marzo de 2019 inició los trámites correspondientes, con el fin de calificar la pérdida de la capacidad laboral de la señora Marina Esther Sierra Rico.

En efecto, de las pruebas aportadas, se advierte que mediante Oficio 2019_4107145-1753948 del 18 de junio de 2019⁴⁴ se requirió a la accionante, una serie de documentos indispensables para proseguir con el trámite de la calificación.

En respuesta a la anterior solicitud, la accionante, allegó la documentación requerida y la entidad, mediante oficio de fecha 25 de junio de 2019, informa que los documentos fueron recepcionados de forma exitosa y que daba traslado al área correspondiente para que iniciara el estudio de la solicitud⁴⁵.

Dice la entidad pensional, que dicha documentación está siendo objeto de verificación, con el fin de ser tenida en cuenta dentro del trámite de pérdida de la capacidad.

Ante la anterior situación, la entidad argumenta que se presenta una carencia actual de objeto, al haberse satisfecho la pretensión de la accionante.

⁴⁴ Folios 149 - 153 del cuaderno de primera instancia.

⁴⁵ Folio 151 del cuaderno de primera instancia.

En efecto, se advierte que COLPENSIONES procedió a requerir la documentación pertinente, con el fin de dar inicio al trámite para determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y la fecha de estructuración de invalidez de la accionante; sin embargo, no es posible aceptar que se encuentra configurada la carencia actual del objeto por hecho superado, toda vez, que no hay evidencia de que efectivamente se inició el respectivo trámite, ya que su actuación se encaminó fue al requerimiento de documentos previos.

En tal sentido, se mantiene la orden del A-quo y se conmina a la entidad accionada, a que gestione e impulse las actuaciones necesarias para que culmine el trámite respectivo, en los estrictos términos señalados en la Ley, en atención a las condiciones de salud de la accionante, aplicando especialmente el principio de celeridad procesal.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de 26 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto. En tal sentido, se dispone:

*“**ORDENAR** a la NUEVA E.P.S., que autorice la continuación y seguimiento del tratamiento que requiere la señora MARINA ESTHER SIERRA RICO, para contrarrestar la enfermedad de cáncer (Linfoma No Hodgkin), en la Institución IMAT – ONCOMEDICA S.A., siempre y cuando dicha institución sea su prestador de servicios”.*

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia de 26 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el siguiente sentido:

“ORDÉNESE a la NUEVA E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, proceda a notificar o comunicar a la señora MARINA ESTHER SIERRA RICO, el contenido del Oficio No. VO-GRC-DPE 1178782-19 de julio 4 de 2019, de conformidad con lo considerado en esta decisión”

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante el fallo impugnado.

CUARTO: Notifíquese a las partes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO: De manera oficiosa, por Secretaria de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0125/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA
(Ausente con justificación)