



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente
oficioso de su padre DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: NUEVA E.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCIÓN
INTEGRAL

SENTENCIA No. 063

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala, la impugnación formulada por la parte accionante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo con funciones de oralidad, el día 13 de julio de 2015¹, en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ.

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró el señor ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, identificado con la C.C. No. 3.912.780, expedida en Morroa-Sucre, en calidad de agente oficioso de su señor padre DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ.

¹ Folios 46-54 y reversos C. P.pal

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de la NUEVA E.P.S.

IV. ANTECEDENTES

4.1 Lo que se pide².

Solicita se protejan los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, a la salud y a la dignidad humana; en consecuencia se ordene a la entidad accionada, NUEVA E.P.S., realizar de manera inmediata la atención integral que se requiere para preservar y restablecer completamente la salud del señor DILIO MÉNDEZ, proporcionándole todos los medicamentos y atención médica en la ciudad de Sincelejo o fuera de ella, dentro o fuera del POS.

De igual manera pide, la autorización oportuna de citas médicas, la valoración por el médico especialista y los procedimientos quirúrgicos, tratamientos, exámenes y demás protocolos, que sean realizados en la ciudad más favorable para el paciente.

Así mismo, que se mantenga la medida provisional solicitada, hasta tanto se logre la recuperación de la salud del señor DILIO, y en el caso de que requiera atención medica en una ciudad diferente, se ordene la entrega de los correspondientes viáticos, pasajes aéreos, alimentación y hospedaje para el accionante y su acompañante, teniendo en cuenta su avanzada edad (86 años).

4.1.1. Medida provisional³.

La parte actora solicitó se de aplicación a este mecanismo transitorio, para que no se cause un perjuicio grave a la salud del demandante, se autoricen los respectivos procedimientos y valoración con un médico especialista en CA DE PRÓSTATA, en la ciudad o en cualquier ciudad del país.

² Fl. 3 del C. ppal.

³ Fl. 2, ib.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

4.2. Los hechos⁴.

La parte accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos que se compendian así:

El señor DILIO MÉNDEZ MARTÍNEZ, se encuentra afiliado en calidad de cotizante a la NUEVA E.P.S y es una persona de la tercera edad, pues tiene 86 años. Señala además que, le fue diagnosticado CA DE PRÓSTATA, por lo que le empezaron a practicar una serie de exámenes para su tratamiento, que inicialmente fueron realizados particularmente por no ser autorizados por la EPS.

Agrega que, el médico tratante –Urólogo- solicitó la realización de una ECOGRAFÍA ABDOMINAL TOTAL por CA P avanzado, pero nuevamente fue negada por la prestadora de salud.

Sostiene que, en estos momentos su familia no cuenta con los recursos para continuar el tratamiento de su padre, señor DILIO MÉNDEZ, así como tampoco para realizarlo en otra ciudad, ya que no tienen para costear los pasajes, alojamiento y viáticos, lo que puede conllevar a que se atente contra la salud y por ende su vida.

Por último, aduce que la NUEVA E.P.S. solo manifiesta no tener contratos con especialistas en esa patología, empero tal negativa puede ser grave para la salud del señor DILIO, toda vez que la demora puede hacer que su enfermedad se extienda por todo el cuerpo y comprometer otros órganos, en caso de no ser tratada de forma rápida y adecuada.

V. LA CONTESTACIÓN

6.1. NUEVA E.P.S⁵.

La NUEVA EPS, notificada del auto por el cual se admitió la presente tutela, presentó su contestación, aduciendo que el señor DILIO MÉNDEZ se encuentra afiliado a esa entidad en calidad de beneficiario, en estado activo, y que su hijo, quien es el cotizante reporta un ingreso base de \$3.226.000, demostrando capacidad económica para sufragar los gastos de su padre a la ciudad de Barranquilla, en virtud del principio de solidaridad familiar.

⁴ Fls. 1-2 ib.

⁵ Folio 35-37 C. Ppal.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Arguye además, que según el concepto del área técnica de esa entidad, se accede a la medida provisional en la I.P.S. SALUD A TU LADO de Sincelejo, quien cuenta con un especialista en UROLOGÍA, en sus servicios prestados a la NUEVA E.P.S., manifestando que el afiliado deberá acercarse a la IPS para asignarle la cita correspondiente. Advierte que, como no se logró tener comunicación con el afiliado, se le envió oficio con la información para dejar por escrito el trámite efectuado y para conocimiento del accionante. Precisa también, no es necesario trasladarlo a la ciudad de barranquilla.

Por otro lado, manifiesta que no es posible el amparo de integralidad solicitado debido a que la acción de tutela no es un mecanismo para prevenir situaciones inciertas y futuras, de las cuales hacen parte las prestaciones asistenciales que aquí se pretenden, ya que aún no se han presentado.

Por último, manifiesta que no es procedente el otorgamiento de gastos de transporte, hospedaje y alimentación del usuario, pues los mismos son responsabilidad del usuario y de su grupo familiar de acuerdo a lo establecido en la Resolución 526 I de 1994, sentencia T760 de 2008, T 200 de 2008, entre otras.

En virtud de lo anterior, solicita no acceder a las pretensiones del accionante declarando la improcedencia de la tutela y declarar hecho superado, dado que la NUEVA EPS autorizó la consulta por urología.

VI. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA⁶

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 13 de julio de 2015, negó la solicitud de tutela interpuesta en cuanto al tratamiento integral, por considerar en el expediente no obra prueba alguna donde se vislumbre de forma palpable la negligencia e incumplimiento por parte de la Empresa Promotora de Salud accionada, en la prestación del servicio médico.

No obstante advirtió, que como quiera que la patología que presenta el accionante se encuentra catalogada como enfermedad catastrófica o ruinoso, la entidad accionada deberá brindarle al señor Dilio Rafael Méndez Martínez, una prestación médica continua, permanente y eficiente, más los servicios de salud que requiera, prescritos por su médico tratante, de manera oportuna y con calidad.

⁶ Folio 46- 54 C. Ppal.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Por otro lado, en lo que respecta a la tercera petición, relacionada con el pago de viáticos de transporte, estadía y alimentación para el accionante y un acompañante, que se puedan presentar en el futuro, sostuvo que los mismos serían negados, en virtud de que la tutela no está instituida para precaver futuros daños, eventuales o inciertos, sino con el fin de prevenir o interrumpir una violación a un derecho fundamental; además por considerar que en este estado se desconoce a ciencia cierta si la patología del accionante se extinguirá, persistirá o se agravará, y si los viáticos han de ser otorgados o no por la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado, es decir, que lo pretendido tiene la calidad de incierto y en consecuencia debe ser negada por carencia actual del objeto.

VII. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte accionante, la impugnó⁷ con el objeto de que la misma sea revocada, manifestando que la simple advertencia por parte del Juez no es suficiente para amparar de manera eficaz el derecho a la salud, es decir, la prestación médica continua y oportuna requerida.

VIII. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 24 de julio de 2015⁸, proferido por el Juzgado de origen, se concedió la impugnación, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado en la Oficina Judicial el 27 de julio de esta anualidad⁹, siendo finalmente admitido por este despacho el 28 de julio siguiente¹⁰.

IX. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

9.1. La competencia

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en SEGUNDA INSTANCIA.

⁷ Folio 58 C. Ppal.

⁸ Folio 60 C. Ppal.

⁹ Folio 1 C. Alzada.

¹⁰ Folio 3 C. Alzada.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

9.2. Problemas jurídicos

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que los problemas jurídicos a resolver son los siguientes:

¿Existe vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana y seguridad social por parte de la NUEVA E.P.S al no suministrarse de manera integral el tratamiento médico requerido por el señor DILIO MÉNDEZ MARTÍNEZ, para la patología CA de PROSTATA, incluyendo valoración por médico especialista, procedimientos quirúrgicos y viáticos de transporte, estadía y alimentación que se requieran, cuando se ordene su práctica a ciudad distinta de dónde reside?

Para abordar el problema planteado, se hará énfasis en los siguientes aspectos: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) La agencia oficiosa en la acción de tutela. Legitimación en la causa por activa; iii) El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud; iv) Derecho fundamental autónomo a la salud de las personas de la tercera edad; v) Principio de atención integral; vi) Financiación de los costos que genera el desplazamiento de los pacientes y de sus acompañantes por parte de las entidades prestadoras de salud; vii); Caso concreto; y (viii) Conclusión.

9.3. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

9.4. La agencia oficiosa en la acción de tutela. Legitimación en la causa por activa.

El artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectada o a través de representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos; ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. Amén de ello, el inciso segundo de esa normatividad, instituye un tercer punto, que es cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹¹ ha determinado que para intervenir como agente oficioso en la acción de tutela se requiere la manifestación expresa o que se infiera claramente que se actúa como agente oficioso de otra persona y que el agenciado esté en imposibilidad de promover directamente la acción constitucional¹². Sobre el particular, ha expresado esa Corporación¹³:

“De acuerdo con lo dispuesto en esta norma (artículo 10 del Decreto 2591 de 1991) y con la jurisprudencia de esta Corporación, en el agenciamiento de derechos ajenos, debe estar debidamente demostrado que realmente el interesado no está en condiciones de asumir la defensa de sus propios derechos. Esta exigencia no es resultado de un capricho del legislador, ni corresponde a una mera formalidad, encaminada a obstaculizar el acceso a la administración de justicia, especialmente cuando se trata de la defensa de un derecho fundamental. No. Esta exigencia es desarrollo estricto

¹¹ T-531 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹² T-1012 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹³ T-503 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-681 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería. Ver también, entre otras, T-816 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1014 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-312 de 2009, M. P. Ernesto Vargas Silva; T-694 de 2009, T-821 de 2010, T-385 de 2011 y T-479 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

de la Constitución sobre el respeto a la autonomía personal (art. 16). Una de las manifestaciones de esta autonomía se refleja en que las personas, por sí mismas, decidan si hacen uso o no, y en qué momento, de las herramientas que la Constitución y la ley ponen a su alcance, para la protección de sus derechos en general, trátense de los fundamentales o de los simplemente legales”.

Configurados los requisitos señalados, se perfecciona la legitimación en la causa por activa y al juez de tutela le corresponderá pronunciarse de fondo sobre los hechos y las pretensiones planteadas en la demanda, lo cual no podrá efectuar si, por el contrario, no está legitimada la parte actora¹⁴.

9.5. El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud.

El derecho a la salud, se encuentra consagrado en el artículo 46 de nuestra Carta Política, como un servicio público que se presta a toda persona, garantizando el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; y como deber primordial del Estado, dirigir y reglamentar la prestación de dichos servicios a los habitantes de todo el territorio colombiano, de conformidad a los postulados y principios constitucionales.

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional consideró que el mismo era un derecho prestacional, y la fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – *tesis de la conexidad* –, por tanto, solo podía ser protegido por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como es el derecho a la vida, a la dignidad humana o la integridad personal¹⁵. 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, se determinó la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico. En este contexto, consideraron que esos derechos son susceptibles de tutela como mecanismo preferente y sumario.¹⁶

Frente a lo anterior, es de resaltar que esa Alta Corporación 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

¹⁴ Cfr. T- 362 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-252 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁵ Sentencia T-180/13, M.P. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

¹⁶ Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

o no en el POS o se esté frente a una posible violación del derecho fundamental a la salud, su verificación y posterior resolución corresponderá al juez de tutela.

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 2015¹⁷.

9.6. Derecho fundamental autónomo a la salud de las personas de la tercera edad.

Con relación al derecho a la salud de las personas de la tercera edad, la Corte Constitucional ha sostenido que las personas de la tercera edad son un grupo merecedor de una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad.

Al respecto, ha manifestado:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran¹⁸”.

En esas connotaciones, corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral de los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, resultando la acción de tutela el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas¹⁹.

¹⁷ Dicha normativa, lo define como: “Artículo 2º. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

¹⁸ Sentencia T-540 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹ Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

9.7. Principio de atención integral.

Teniendo en cuenta la importancia para la debida prestación del servicio a la salud, la Corte Constitucional ha mostrado gran relevancia para que ese derecho se preste en atención al principio de atención Integral, exponiendo lo siguiente:

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

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

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

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

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.”²⁰ (Subrayas pertenecientes a la Sala)

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2011. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

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, 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 igual sentido, desarrolla el principio en estudio, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, así:

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

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

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

En concordancia con todo esto, el máximo interprete constitucional aplica de manera explícita y recalca de manera directa la importancia no solo de la cobertura del derecho fundamental a la salud, sino que este se haga efectivo a través del principio de atención integral, como quiera que cuando se ampare por los fallos constitucionales no quede nada al azar que se convierta en un obstáculo para su materialización²¹.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-576 de 2008. “que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente”.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

No obstante lo anterior, 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.

9.8. Financiación de los costos que genera el desplazamiento de los pacientes y de sus acompañantes por parte de las entidades prestadoras de salud. Precedente judicial.

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

“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 regulación,²² 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.”^{23”24} 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

²² 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 2° 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. (...)’.

²³ 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.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-197 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

desplazamiento es a un domicilio diferente al de la residencia del paciente, si se carece de la capacidad económica para asumir tales costos.²⁵

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.”²⁶

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 traslado.²⁷ También, como se indicó, tiene derecho a que se costee el traslado de un acompañante, si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud.”(Las citas son de la providencia original)²⁸. (Subrayas para destacar)

Como se puede observar, para el acceso a los gastos de transporte y manutención es necesario que el paciente se encuentre inmerso en algunas de las causales citadas por la jurisprudencia constitucional, es decir, que de acuerdo con las condiciones especiales de salud y la situación económica del usuario-paciente, se hace necesario, por las circunstancias e imposibilidad de prestar los servicios en ciertas ocasiones, de acuerdo al desarrollo y acceso tecnológico de la región, que los gastos de transporte y manutención necesarios, para la atención médico-clínica que se requiera, para lograr una efectiva y oportuna recuperación del estado de salud, que dichos gastos puedan ser asumidos por la entidad que funge como aseguradora.

²⁵ 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.

²⁶ 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 Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-459 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

²⁷ 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 garantizará 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.

²⁸ Sentencia T-760 de 2008.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

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.)²⁹.

Bajo la misma óptica, sobre el cubrimiento de gastos de traslado y acompañante, ha recalado esa misma Corporación:

“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.

²⁹ Sentencias T-539 de 2003 y T-493 de 2006.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

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.”³⁰

9.9. Caso Concreto

De acuerdo con los hechos y el material probatorio obrante en el expediente, se encuentra acreditado que el accionante presentó acción de tutela, actuando en calidad de agente oficioso de su señor padre DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ, quien tiene 86 años de edad³¹, pretendiendo el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, a la salud y a la dignidad humana, presuntamente amenazados por la NUEVA E.P.S., al no autorizar de manera integral la autorización de citas médicas, valoración por especialista, tratamientos, exámenes y demás protocolos requeridos para el mejoramiento de la salud del agenciado y para tratar la enfermedad que le fue diagnosticada, esto es, CA DE PROSTATA.

Aunado a lo expuesto, la parte actora refiere que a la fecha la entidad accionada no ha prestado de manera efectiva los servicios médicos especializados (urología) requeridos por el señor DILIO MÉNDEZ, por no contar presuntamente la accionada con médicos de esa naturaleza en Sincelejo, lo cual a su juicio pone en riesgo su salud y le niega el derecho de recibir una atención médica oportuna.

³⁰ Sentencia T-099 de 2006.

³¹ Ver cédula de ciudadanía militante a folio 13 del expediente.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Frente a la legitimación en la causa por activa del señor ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, encuentra la Sala, que se cumplen con las exigencias para la actuación mediante agente oficioso, establecidas por el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 y de la jurisprudencia constitucional, por cuanto la titular de los derechos fundamentales no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, dada su avanzada edad y las condiciones de salud que padece.

En el asunto bajo estudio, está acreditado que el señor DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ, se encuentra afiliado en calidad de beneficiario³². Adicionalmente, se observa que es una persona de la tercera edad, por lo que merece la especial protección del Estado.

Ahora bien, de los exámenes médicos aportados³³, se desprende que el señor DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ, padece de ulcera gástrica, según da cuenta la video esofagogastroduodenoscopia diagnostica realizada en Gastrocentro S.A.S.

Igualmente, está demostrado que el día 24 de abril de 2015, fue remitido por el médico general adscrito a la IPS Salud Integral de Sucre a consulta con médico especialista en urología, por presentar un posible diagnóstico de “CA DE PROSTATA”³⁴.

Asimismo, es valorado el 19 de mayo de 2015, por el médico radiólogo –particular-, quien le diagnostica “AORTA ABDOMINAL DILATADA DISTAL y PROSTATA AUMENTADA”³⁵.

Al respecto, la Sala considera que si bien en el escrito de contestación de la presente tutela la accionada indica que fue aprobada consulta con médico especialista en urología, no aporta pruebas de su dicho, ni que efectivamente el señor DILIO haya sido valorado por tal, toda vez que las documentales acompañadas con el respectivo informe se refieren al joven ALEX JAVIER TÁMARA GARCÍA y no al tutelante. De igual manera, no se aportó copia del oficio que se enuncia, el cual presuntamente fue remitido al actor, informándole la aprobación de la consulta con especialista solicitada para la atención de su padre.

³² Ver carnet a folio 26.

³³ Folios 12, 14, 16-25 del C.ppal.

³⁴ Fl. 16.

³⁵ Fl. 20

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Por lo anterior, es claro que la accionada no acreditó debidamente haber desplegado una actuación integral que garantice la efectiva prestación de los servicios médicos especializados al actor. Adicionalmente, tampoco resulta aceptable que la razón por la cual no se han prestado efectivamente los servicios especializados al actor sea porque la demandada no cuenta con médicos especialista en esa área, pues esa circunstancia no impide que ante la necesidad del servicio médico requerido por el paciente, se proceda a contratar o remitir a otro galeno que cuente con la misma especialidad “Urología”, lo anterior, en aras de protegerle el derecho a la salud y de brindarle una atención oportuna al paciente, máxime cuando dicho servicio de especialistas se encuentra reconocido como un principio dentro de la Resolución No. 5521 de 2013, artículo 12 que regula el Plan Obligatorio de Salud POS.

Ahora bien, como se indicó con anterioridad como parte esencial del derecho a la salud, el acceso a los servicios debe darse sin barreras y de manera integral, continua y oportuna, razón por la cual toda persona tiene el derecho de acceder a los que requiera con necesidad, es decir, que sean ordenados por el médico tratante quien es el indicado para ejercer una valoración científica y objetiva de lo que el paciente demande. Por tanto, cualquier obstáculo que impida la prestación del servicio en dichas condiciones, configura un irrespeto y menoscabo en su acceso³⁶.

Igualmente, este tipo de barrera administrativa que se presenta en el caso que nos ocupa conlleva un desconocimiento de los principios de integralidad, oportunidad y continuidad en la prestación del servicio al Sr. DILIO, como quiera que la enfermedad que le fue diagnosticada por el médico general “CA DE PROSTATA”, es de las catalogadas catastróficas, amén de ser ruinoso o de alto costo, lo que su retraso en su diagnóstico efectivo por parte de un médico especialista y su consecuente tratamiento puede generar un considerable deterioro, una amenaza grave a su estado de salud o una prolongación de su sufrimiento, sobretodo que se trata de una persona de la tercera edad y como tal es sujeto de especial protección constitucional.

En apoyo de lo dicho, se trae a colación lo manifestado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia de 22 de marzo de 2013, frente a la prestación oportuna, eficiente y de calidad del servicio de salud:

“...Las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud que requieran. Por esta razón, ha dicho que una entidad viola el derecho a la salud en cualquiera de los regímenes previstos en la Ley 100 de 1993, **si se constata que ha negado la autorización de un servicio incluido**

³⁶ Sentencia T 057-2013, M.P. Dr. ALEXEI JULIO ESTRADA

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

en el plan obligatorio, o un servicio excluido de él. En este último caso, ello se justifica en las ocasiones en que el servicio ha sido ordenado por el médico tratante, su realización implica la vida y la integridad de quien lo requiere, y no puede ser sustituido por otro que haga parte del plan obligatorio. **La prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad. Estos componentes del derecho a la salud se desconocen principalmente cuando el servicio ha sido autorizado por la entidad prestadora de salud pero la persona no tiene acceso material a él, en el momento y las condiciones necesarias para que contribuyan efectivamente a la recuperación o control de la enfermedad.** La Corte ha dicho que **el servicio debe prestarse en un tiempo y modo conveniente.** De lo contrario se amenaza gravemente la salud de la persona que deberá someterse, por ejemplo, a un intenso dolor o al deterioro de su patología.”³⁷

En ese contexto, no hay duda que la omisión de la entidad accionada, vulnera de forma flagrante los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna del señor DILIO MÉNDEZ, al no garantizarle la oportuna prestación de los servicios médicos especializados, por lo que se ordenará a la entidad accionada que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, gestione la efectiva materialización de la atención por parte del médico especialista requerido por el paciente preferiblemente en esta ciudad, garantizando en lo sucesivo, la prestación de los servicios de salud que requiera el mismo, de forma integral, oportuna, eficaz, continua y permanente, a fin de garantizar sus derechos fundamentales, su desarrollo y rehabilitación. Lo anterior es reforzado por el mandato constitucional de una mayor protección al derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad y la obligación del Estado de garantizar la prestación del derecho a la seguridad social.

De otra parte, y en lo que respecta a la solicitud de reconocimiento de los viáticos de transporte y alojamientos requeridos hacia futuro para la prestación integral del servicio de salud del señor DILIO, esta Corporación estima que los mismos serán negados, en virtud a que no se cumple con las causales fijadas por la jurisprudencia Constitucional para que el paciente tenga derecho a que la EPS cubra los gastos de transporte y estadía que sean necesarios para que pueda recibir los servicios médicos que necesita, toda vez que para ello se requiere, además de que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, que requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y también que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.

³⁷ Sentencia T-3.687.534, Acción de tutela instaurada por Yajaira Castro Rojas contra SOLSALUD EPS-S, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, y la Alcaldía Municipal de El Zulia (Norte de Santander). Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

En lo que tiene que ver con ésta última exigencia, la Sentencia T-940 de 2009 de la H. Corte Constitucional, estableció, que frente a la prueba de la falta de capacidad económica por parte del usuario o de su familia para asumir los servicios médicos, se *“ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación procesal civil, referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba”*. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá demostrar lo contrario.³⁸

Cabe resaltar, que la entidad demandada en su contestación afirmó que el señor DILIO es beneficiario de su hijo, el cual cuenta con un ingreso base de cotización de \$3.226.000, por lo que en principio se puede colegir que su núcleo familiar cuenta con recursos para cubrir los mismos en caso de requerirse. De otra parte, se anota que en el presente asunto el servicio de transporte a otra ciudad aún no se ha requerido para la atención del paciente, por lo que se desconoce si el mismo va a ser necesario o no, máxime cuando aún no ha sido valorado por el médico especialista y tampoco se le ha fijado un tratamiento a seguir para la patología que presenta.

En esos términos, al no existir una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, en cuanto al transporte y demás complementos derivados de un traslado a otra ciudad, no podrá concederse el amparo solicitado, toda vez que la amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro. Ello, sin desconocer, que el juez de la tutela no debe esperar la vulneración del derecho fundamental, para conceder la protección solicitada, sino que debe también acudir a la defensa de los derechos fundamentales invocados cuando estos se encuentran

³⁸ Sentencia T-652/12, Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, del veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012)

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

amenazados. En este último cargo se comparte lo expuesto por el *A quo* en cuanto al reconocimiento hacía futuro de este beneficio.

X. CONCLUSIÓN

Así las cosas, la respuesta al problema jurídico resulta positivo, por cuanto la NUEVA E.P.S, se encuentra vulnerando el derecho fundamental a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del señor DILIO MÉNDEZ MARTÍNEZ, al negarse en ordenar de forma integral, oportuna, eficaz y pronta la atención médica con especialista y tratamiento de su enfermedad, el cual fue ordenado por su médico tratante; lo que puede generar un considerable deterioro, una amenaza grave a su estado de salud o una prolongación de su sufrimiento, sobretodo que se trata de una persona de la tercera edad, que puede padecer de una enfermedad catastrófica y como tal es sujeto de especial protección constitucional.

XI. DECISIÓN

Por lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL SUCRE, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVÓQUESE el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia del 13 de julio de 2015 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo. En su lugar, **CONCEDER** la tutela del derecho a la salud, seguridad social y vida digna del señor DILIO MÉNDEZ MARTÍNEZ, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ORDÉNESE al Director de la NUEVA E.P.S. o quienes hagan sus veces, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, gestione la efectiva atención por parte del médico especialista en “UROLOGÍA” en favor del señor DILIO MÉNDEZ MARTÍNEZ, en esta ciudad, garantizando en lo sucesivo, la prestación los servicios de salud que requiera el mismo, de forma integral, oportuna, eficaz, continua y permanente, a fin de evitar el deterioro de su estado de salud o una prolongación de su sufrimiento, sobretodo que se trata de una persona de la tercera edad y como tal es sujeto de especial protección constitucional.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00138-01
Actor: ÁNGEL GABRIEL MÉNDEZ CLEMEN, en calidad de agente oficioso de su padre DILIO
RAFAEL MÉNDEZ MARTÍNEZ
Demandado: LA NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada, bajo lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

CUARTO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

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 (Art. 32 Decreto 2591 de 1991).

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por esta Sala, en sesión ordinaria de la fecha, según consta en Acta de Sala No. 120.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ÁLZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado