

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARENTA Y

OCHO PENAL MUNICIPAL

CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por el señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** contra **NUEVA E. P. S.**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y seguridad social.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** manifestó que tiene 65 años de edad y se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud – Régimen contributivo, a través de **NUEVA E. P. S.**, en calidad de cotizante. Así mismo precisó que presenta las siguientes patologías: *“ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA ESTADO 5, HIPERTENSIÓN ARTERIAL Y TRAUMATISMO EN MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO”*, razón por la cual debe acudir tres veces por semana a la **I. P. S. INSTITUTO NACIONAL DEL RIÑÓN**, para que le realicen el procedimiento médico *“Hemodiálisis”*

Aseveró que la **NUEVA E. P. S.**, no autoriza este servicio como quiera que debe ser prescrito por el médico tratante, sin tener en cuenta su avanzado estado de edad, sus condiciones de salud y la difícil situación de transporte en la ciudad debido a la emergencia Sanitaria que se presenta por el COVID -19, por ello, movilizarse en transporte público lo expone a que pueda contagiarse, adicionalmente mencionó que no cuenta con los recursos económicos suficientes para asumir de manera particular el servicio de transporte requerido.

PRETENSIONES

Solicita se tutelen sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y la seguridad social; como consecuencia de ello se ordene a la **NUEVA E. P. S.**, autorizar y suministrar el servicio de transporte desde la casa donde reside el señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** (Transversal 44 B No 78 a- 37 Sur – Ciudad Bolívar), hasta la I. P. S. donde le realizan las terapias de hemodiálisis. (INSTITUTO NACIONAL DEL RIÑÓN), tres veces por semana, dada su condición de salud y situación económica.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 17 de mayo de 2020, este Despacho admitió la acción de tutela presentada por el señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** contra la **NUEVA E. P. S.**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a vida en condiciones dignas y la seguridad social. Así mismo se dispuso negar la solicitud de medida provisional.

De igual forma este Juzgado dispuso vincular de manera oficiosa corriéndole traslado de la demanda con sus anexos a la **I. P. S. INSTITUTO NACIONAL DEL RIÑÓN, SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, ADRES, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, para integrar el debido contradictorio.¹

Aunado a esto se requirió a la **POLICÍA NACIONAL** y **EJERCITO NACIONAL**, para que informaran si debido al estado de emergencia declarado por el estado respecto al Covid-19, estaban brindando algún servicio de transporte a personal médico.²

RESPUESTA DE LA PARTE ACCIONADA

NUEVA E. P. S.

¹ Folios 10-13, cuaderno original.

² Folios 10-13, cuaderno original.

Mediante escrito allegado, la entidad accionada en primera medida menciona que el responsable de dar cumplimiento a los fallos de tutela es el gerente regional encargado, es decir el señor Libardo Chávez identificado con cédula de ciudadanía número 71.610.977, de igual forma indicó que al ciudadano desde el momento de su afiliación , siempre se le ha prestado los servicios médicos que ha requerido y explicó que la **NUEVA E. P. S.**, no presta el servicio de salud directamente sino a través de sus I. P. S. contratadas, las cuales programan las asistencias en salud de acuerdo con sus agendas y si disponibilidad.

Respecto al servicio de transporte , refirió que no fue aportada orden médica para dicha asistencia, lo que impide determinar la procedencia de la prestación del servicio, resaltó que únicamente se puede dar autorización siempre y cuando medie orden médica vigente expedida por el medico tratante que haga parte de la red de prestadores de servicios, por tal motivo solita se ordene una valoración al paciente para determinar la pertinencia de los servicios pues las condiciones de los pacientes son dinámicas y el galeno determina el tratamiento a seguir.

Aunado a lo anterior señaló que el servicio de transporte no se encuentra incluido en los servicios y tecnologías de salud financiado con recursos de la UPC de acuerdo con la Resolución 3512 de 2019, seguidamente enunció cuales son las medidas que ha adoptado el Gobierno respecto a la emergencia sanitaria por el Covid. 19.

Teniendo en cuenta esos argumentos, solicita desestimar las pretensiones del accionante, como quiera que en el presente caso no se cumple con el requisito de procedibilidad, por no acudir ante su galeno tratante, quien es el único competente para ordenar y establecer si requiere de los servicios médicos solicitados, por ello su petición es que se declare improcedente y en caso de ser favorable la pretensión del accionante, se indique específicamente en el fallo, el servicio no “POS” sic que deberá ser autorizado y cubierto por la entidad, así se evitan fallo integrales que den lugar a que en el futuro se termine asumiendo el valor de prestaciones que no tienen relación directa con la patología del afectado.

De igual forma solícita se ordene al ADRES rembolsar rodos aquellos gastos en que incurra la **NUEVA E. P. S.** en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de estos servicios.³

INSTITUTO NACIONAL DEL RIÑÓN

En escrito recibido el 21 de mayo de 2020, la I. P. S. vinculada sostuvo que el señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** es un paciente que presenta como diagnóstico: Insuficiencia renal crónica estado 5 entre otras y así mismo informó que se le realiza terapia de remplazo renal, denominada hemodiálisis, tres veces por semana los días martes, jueves y sábado de 6:00 a. m. a 10:15 a. M.

Comunicó que revisada la historia clínica del paciente, se registra consulta en nefrología, efectuada el 16 de abril del año en curso donde al verificar la exploración física del afectado se tiene que no se cumplen con los criterios para realizar la solicitud del servicio de transporte, pues solo se accede a los pacientes que tengan discapacidad para la movilización.⁴

SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD

Mediante escrito allegado el 19 de mayo del presente año, la Doctora Blanca Inés Rodríguez Granados en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad vinculada, refirió que de acuerdo con la verificación efectuada en la base de datos del Sistema General de Seguridad social en salud, **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** se encuentra afiliado activo como cotizante del régimen contributivo en **NUEVA E. P. S.**

Declaró que el servicio de “*transporte*”, requerido por el accionante no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud, compilado en la Resolución 3512 de 2019, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que debe ser prescrito por el médico tratante través del aplicativo MIPRES y posteriormente la E. P. S., quedará facultada para tramitar el cobro de su costo con cargo a los recursos del ADRES (antes FOSYGA).

³ Folios 34-40, cuaderno original

⁴ Folio 42, cuaderno original.

De igual forma indicó que **NUEVA E. P. S.**, debe autorizar los servicios definidos en los términos del médico tratante, ya sea que estén incluidos o no en el P.O.S., bajo el principio de continuidad y proveer de manera oportuna los medios idóneos para lograr el restablecimiento de la salud del afiliado.

Conforme a lo anterior solicita se desvincule de la presente acción constitucional, pues se encuentra en imposibilidad material y jurídica de prestar de manera directa el servicio de salud, por expresa prohibición legal del artículo 31 de la Ley 1122 de 2007, pues estos deben ser garantizados por **NUEVA E. P. S.**⁵

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Mediante documento allegado a esta Instancia, Elizabeth Hurtado Neira, Directora jurídica de la entidad vinculada declaró que la acción de tutela es improcedente por falta de legitimación por pasiva, ya que la misma no ha vulnerado ni amenazado los derechos invocados por la demandante, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-Ley 4107 de 2011, al formar parte del poder ejecutivo, no está dentro de sus funciones ser responsable directo de la prestación de servicios de salud, pues aquello es competencia de las EPS.

Respecto al servicio de transporte requerido indicó que es viable su prestación si cumple con lo establecido en la Resolución 3512 de 2019 e indicó que el juez constitucional debe verificar si se cumplen los requisitos normativos y jurisprudenciales para acceder a esta solicitud.

Finalmente informó que la solicitud del tratamiento integral es vaga y genérica por lo que es necesario que el paciente o su médico tratante precise cuales son los medicamentos y procedimientos requeridos, a fin de que la entidad pueda determinar si es procedente su cubrimiento. Además, advierte que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y pretender protegerlos a futuro, al ser hechos inciertos, pues desbordaría su alcance y se incurriría en error de otorgar prestaciones que son indeterminadas.

5 Folios 43-46, cuaderno original.

Así las cosas solicitan exonerar al Ministerio y en caso de que la acción prospere se conmine a la E. P. S. a la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones, siempre y cuando no se trate de un servicio excluido expresamente por el Ministerio.⁶

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-

En documento aportado, el jefe de la oficina jurídica de la Administración, explicó que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1753 de 2015, Decreto 1429 de 2017, Decreto 546 de 2017, entro en operación el ADRES como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del FOSYGA.

Realizó un recuento acerca de las funciones de las entidades promotoras de salud, el procedimiento de reconocimiento y pago de recobros a las E. P. S. por parte del ADRES, centrándose en el caso en concreto y de acuerdo con la normatividad vigente, es función de la E. P. S., la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración de los derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuirle al ADRES.

Respecto a cualquier pretensión relacionada con el reembolso del valor de los gastos que realice la E.P. S., resaltó que es una solicitud antijurídica, pues pretende que el juez constitucional desborde sus competencias dentro de la acción de tutela y omita el trámite administrativo de recobro con cargo a los Recursos del Sistema General de Seguridad Social, trámite que se encuentra desarrollado en la Resolución 1885 de 2018, en la que se estipula el procedimiento, verificación, etapa de auditoría integral, para que las entidades recobrantes efectúen el trámite del cobro ante el ADRES.

Por consiguiente solicita denegar el amparo deprecado en lo que tiene que ver con la Administradora De Los Recursos Del Sistema General De Seguridad Social En Salud, pues de los hechos descritos y el material probatorio es innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, como consecuencia se desvincule

⁶ Folios 53-34, cuaderno original.

a la entidad. De igual forma solicita abstenerse de pronunciarse respecto a la facultad del recobro y modular las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad social en Salud, por cuanto existen servicios y tecnologías que se escapan del ámbito de la salud y no deben ser sufragados con los recursos destinados a la prestación de servicios médicos.⁷

PRUEBAS

1. Con el Escrito de tutela el señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** aportó los siguientes documentos:
 - a. Copia de la cédula de ciudadanía. .
 - b. Copia de resumen de historia clínica.
 - c. Copia de solicitud de movilidad en la ciudad para pacientes y funcionarios de Clínica renales de RTS.
 - d. Copia de servicio domiciliario Vanti.
 - e. Copia de boletín de su menor hijo.
2. **NUEVA E. P. S.**, allegó los siguientes documentos:
 - a. Copia de poder general y documentos de representación.
 - b. Copia de resumen historia clínica del usuario.
3. El Despacho dispuso consultar en el Registro Único de Afiliados - RUAF del Ministerio de la Protección Social donde se halló que **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** se encuentra en estado activo en la **NUEVA E. P. S.**
4. El Despacho ofició a las **OFICINAS DE LA SECRETARÍA DE MOVILIDAD, CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ Y REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS**, los cuales manifestaron que el accionante no es titular ni propietario de bien inmueble, ni establecimientos de comercio.⁸

⁷ Folios 84-89, cuaderno original.

⁸ Folios 65-68, cuaderno original.

5. Este Juez requirió a la profesional en salud, Doctora Leyder Corzo (Nefróloga) quien allegó su concepto médico.⁹

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1883 de 2017, es competente esta Sede Judicial para resolver la solicitud de tutela por tratarse la accionada de una entidad particular encargada de prestar el servicio público de salud.

Derecho fundamental a la salud

El derecho a la salud es considerado como fundamental de manera autónoma y se vincula directamente con el principio de dignidad humana, en la medida en que responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones mínimas. No sólo porque dicha salvaguarda protege la mera existencia física de la persona, sino porque, además, se extiende a la parte psíquica y afectiva del ser humano.

De acuerdo con los artículos 48 - 49, la Constitución Política, los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993, el servicio a la salud debe ser prestado conforme a los principios de eficacia, igualdad, moralidad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad e integralidad, lo que implica que tanto el Estado como las entidades prestadoras del servicio de salud tienen la obligación de garantizar y materializar dicho servicio sin que existan barreras o pretextos para ello.¹⁰

El principio de atención integral en materia del derecho a la salud.

⁹ Folio 41, cuaderno original.

¹⁰ Sentencia T-039 de 2013.

El derecho a la salud se desarrolla entre otros, con fundamento en el principio de atención integral. Al respecto la Corte Constitucional ha en sentencia T-760 de 2008 consideró 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 seguridad social, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

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 (...).”

Por su parte, el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, enuncia este principio de la siguiente manera:

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

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

“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.”

Así mismo, en la sentencia T-576 de 2008 la Corte Constitucional precisó el contenido de este principio de la siguiente manera:

Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones 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 paciente.

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento (Subrayado fuera del texto original).

En esta sentencia también se precisaron las facetas del principio de atención integral en materia de salud:

“A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos. La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente.”

Servicio de transporte en el sistema de salud¹¹

De conformidad con la Resolución No. 5857 de 2018, en algunas circunstancias, el servicio de transporte de pacientes está incluido en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. Estos eventos comprenden el traslado acuático, aéreo y terrestre (i) en ambulancia,

11 Sentencia T-081- 2019.

cuando se presenten situaciones de urgencia o el servicio no pueda ofrecerse en la IPS donde el paciente está siendo atendido (art. 120); o, (ii) en medio diferente al ambulatorio, cuando la persona deba acceder a una atención contenida en el PBS y la misma no pueda ser prestada en el lugar de residencia del afiliado (art. 121).

Así, prima facie, esta Corporación ha admitido que fuera de los supuestos de hecho referidos en el párrafo que antecede, el servicio de transporte deberá ser sufragado por el paciente o su núcleo familiar. Empero, también ha identificado escenarios donde algunos usuarios del sistema de salud no pueden gozar del aludido servicio porque no está incluido en el PBS y requieren, en todo caso, bajo criterios de urgencia y necesidad, recibir los procedimientos médicos ordenados para tratar sus patologías. De manera que, con el fin de evitar que la imposibilidad de trasladarse derive en una barrera de acceso a los servicios de salud, la Corte ha reconocido que las EPS deben brindar este beneficio cuando “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”.

Frente al servicio de transporte y la obligación de ser asumido por la E.P.S. el Máximo Tribunal Constitucional en Sentencia T-352 de 2010, expresó:

“La garantía constitucional de acceso a los servicios de salud, implica que, además de brindarse los tratamientos médicos para proteger la salud de la persona, se deben eliminar las barreras que impiden la materialización efectiva del servicio. Esta Corte ha identificado que el transporte es un medio para acceder al servicio de salud, y aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones se constituye en una limitante para lograr su materialización, especialmente cuando las personas carecen de los recursos económicos para sufragarlo. Por ello, ha considerado que toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que le impidan 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.

El transporte es un servicio que, de conformidad con el Acuerdo 08 de 2009 emitido por la Comisión de Regulación en Salud, se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, en los siguientes casos: (i) para el traslado en ambulancia entre instituciones prestadoras de servicios de salud de pacientes remitidos por otra institución, que no cuenta con el servicio requerido; (ii) cuando el paciente sea remitido en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad del prestador de salud, y según el criterio del médico tratante; y (iii) cuando se requiere el transporte de un paciente ambulatorio, en un medio diferente a la ambulancia, para que acceda a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia.

La inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud no es absoluta, ya que no basta con que en el municipio donde reside el paciente no exista

la prestación médica que requiere, para que los planes de salud cubran el traslado con la finalidad de acceder al servicio. Por ende, solamente los pacientes “ambulatorios” que se encuentren bajo los supuestos que señala la norma, pueden recibir efectivamente el servicio médico ordenado.

En los demás casos, cuando la carencia de recursos para sufragar el desplazamiento impide que una persona se traslade a una IPS para recibir un servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud; y en consecuencia, corresponderá al Juez Constitucional aplicar la regla jurisprudencial para la procedencia del amparo para financiar el traslado, en los casos 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.”

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido que:

“... la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar.

Para dar mayor claridad sobre el rol que juega el servicio de transporte en el sistema de salud, es necesario hacer una síntesis sobre las reglas que normativa y jurisprudencialmente se han desarrollado para reclamarlo mediante tutela. Las citadas directrices son las siguientes:

(i). El servicio de transporte se encuentra dentro del POS y en consecuencia debe ser asumido por la EPS en aquellos eventos en los que:

- Un paciente sea remitido en ambulancia por una IPS a otra, cuando la primera no cuente con el servicio requerido.*
- Se necesite el traslado del paciente en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad de la EPS y según el criterio del médico tratante.*
- Un paciente ambulatorio deba acceder a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia y necesite ser transportado en un medio diferente a la ambulancia.*

(ii). Cuando se pretende que una EPS del régimen contributivo o subsidiado asuma los costos que demanda el desplazamiento de un usuario para acceder a un servicio médico el juez de tutela debe verificar, que“(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y que (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

Lo anterior se fundamenta en que toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que le impidan acceder a los servicios de salud que requiere con urgencia, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de su 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.

Frente a esta regla jurisprudencial se deben recordar algunas pautas establecidas en la sentencia T-022 de 2011 en donde se reiteraron las directrices probatorias en materia de incapacidad económica que a continuación se transcriben:

(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población.

Esto quiere decir que al presentarse una acción de amparo para reclamar el cubrimiento de un servicio como el de transporte, corresponde en principio al accionante y su familia poner en conocimiento su situación económica. Sin embargo, ante la negación indefinida de no poder asumir los costos del servicio, se invierte la carga probatoria en cabeza de la E.P.S. a la cual se reclama el servicio.

Ello debido a que las E.P.S. tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados y por tanto están en la capacidad de controvertir o ratificar las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. En esa medida, su inactividad al respecto hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha explicado que ante la ausencia de otros medios probatorios (es decir, situación de desempleo, extractos bancarios, escrituras etc.), por el hecho de estar afiliado al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante, pertenecer al grupo poblacional vulnerable y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, se puede determinar que

*tales situaciones son indicativas de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado”.*¹²

CASO CONCRETO

Se ha acreditado en la presente actuación que el señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** tiene 65 años de edad, está afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud – Régimen contributivo, a través de la **NUEVA E. P. S.**, Así mismo se tiene que el accionante presenta el siguiente diagnóstico: “*ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA ESTADO 5*”¹³ por lo que le realizan hemodiálisis tres veces por semana en la **I. P. S. INSTITUTO NACIONAL DEL RIÑÓN**, sin embargo aseguró que se le dificulta su traslado al lugar donde se le practica la terapia dialítica debido a la emergencia sanitaria que atraviesa el país, respecto al COVID -19 y no cuenta con los recursos económicos suficientes para un transporte particular, por tanto solicita este servicio mediante la presente acción de tutela

NUEVA E. P. S., señaló que la solicitud de transporte no es procedente, como quiera que el señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** no cuenta con orden médica para dicho servicio, para ello es necesario el concepto del médico tratante, quien es la persona idónea para determinar la pertinencia de alguna prescripción médica, aunado a ello esta asistencia no se encuentra contemplada en los servicios y tecnologías de salud financiados con recurso de la UPC, finalmente precisó que no han vulnerado derechos fundamentales, toda vez que al usuario se le han garantizados todas las asistencias médicas, conforme a las órdenes de los médicos tratantes adscritos.

Debe indicarse que efectivamente el accionante no cuenta con orden médica para dicho servicio, no obstante para el caso en concreto corresponde a este fallador analizar si el accionante cumple o no los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, para poder acceder al servicio de transporte, los cuales precisan lo siguiente “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y que (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”.

¹² Sentencia T - 073 de 2012

¹³ Folio 3, cuaderno original.

En primer orden es necesario indicar que el requerimiento de dicho servicio de transporte es para acudir a las terapias dialíticas (*hemodiálisis*), lo cual es un tratamiento médico que necesita el paciente para el manejo de su patología: “*Enfermedad renal crónica estado 5*”¹⁴ que está catalogada como grave, máxime si se tiene en cuenta su avanzada edad.

Ahora bien, teniendo en cuenta que no se aportó prescripción médica para este servicio, esta Sede Judicial dispuso requerir al médico tratante, doctora Leyder Corzo Cara, médica adscrita a la **I. P. S. INSTITUTO NACIONAL DEL RIÑÓN**, quien informó lo siguiente:

*“Cuando un paciente requiere de alguna de las terapias de remplazo renal (diálisis) y no se le realiza, **puede tener consecuencias como por ejemplo: acumulación de líquidos, elevación de electrolitos como potasio y fosforo (pueden causar paro cardíaco) liquido en los pulmones, acumulación de toxinas urémicas, e incluso la muerte.***

*Una vez revisada la historia clínica no registra emisión de orden médica para la asignación del servicio de transporte al paciente Jairo Alirio Rodríguez Garavito (...) dado que no cumple con criterios clínicos de discapacidad por escalas de Brathel y Frail.”*¹⁵

(Negrillas fuera del texto original)

Bajo esos argumentos, surge la necesidad y urgencia de que el señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** acuda con constancia ha dicho tratamiento para sobrellevar su enfermedad, puesto que si llegara a suspender las hemodiálisis, podría afectarse gravemente su estado de salud y poner en riesgo su vida. De igual forma esta Instancia debe precisar que si bien es cierto el servicio de transporte no se considera una prestación médica, para el caso en concreto es el medio para que el usuario pueda acceder al servicio de salud.

En segundo término debemos puntualizar sobre la capacidad económica y como quiera que el señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** afirmó que no cuenta con los recursos económicos para poder sufragar los costos que genera su enfermedad, este Despacho dispuso oficiar a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, Cámara de Comercio y Secretaría de Movilidad de esta ciudad con el ánimo de establecer la capacidad económica del accionante; una vez emitidas las respuestas por parte de las entidades mencionadas, se

¹⁴ Folio 3, cuaderno original.

¹⁵ Folio 41, cuaderno original.

estableció que este ciudadano no es titular de bienes inmuebles registrados, ni se encuentra matriculado como comerciante, ni como propietario de establecimiento de comercio por lo que en efecto su capacidad económica es precaria. Igualmente, debe darse aplicación a la presunción de veracidad que ampara la solicitud de tutela.

Precisa este Despacho que pese a que la Entidad Promotora de Salud enfatizó en argumentar que el accionante no es discapacitado y el servicio asistencial no es de carácter médico, sin embargo la Corte Constitucional ha mencionado lo siguiente al respecto:

“Por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, resulta imperiosa la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en el sentido que corresponda.

*Dentro de esa gama de posibilidades, se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que **configuran hechos notorios**; (...)*

De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone –él, o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal.”¹⁶

Es decir que teniendo en cuenta el diagnóstico que presenta el señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** es evidente que el suministro de este servicio se vuelve necesario para sobre llevar dicha patología, aunado a que es una persona de la tercera edad, sujeto de especial protección, no sólo por su condición económica sino también por su estado de salud, así las cosas se puede evidenciar que al acreditarse el cumplimiento de los requisitos que por vía jurisprudencial ha dispuesto la Honorable Corte Constitucional, es suficiente para considerar necesario que se le suministre el servicio de transporte, pese a no ser propiamente un servicio de salud.

16 Sentencia T-014-2017

Adicionalmente, se debe resaltar que desde el día 12 de marzo de 2020, el Presidente de la Republica, declaró que el país se encontraba en Emergencia Sanitaria por COVID -19, esto en razón a la pandemia que se declaró por parte de la Organización Mundial de la Salud, lo que conllevó a que se estableciera un nuevo marco normativo, tendiente a proteger la salud y la vida de los ciudadanos, tomando las medidas necesarias para ello. Entre las cuales se encuentra el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de Colombia, conforme al Decreto 457 de 2020.

Así mismo, se expidió la Resolución número 00521 Dell 28 de marzo de 2020, con el propósito de determinar el procedimiento de atención ambulatoria en población de la tercera edad y se indica lo siguientes respecto al traslado para tratamientos médicos:

“Traslado a terapias vitales: los pacientes en hemodiálisis, que requieran control de diálisis peritoneal., reciban quimioterapias y otros tratamientos que requieran de manera obligatoria un traslado a centro médico, el traslado debe darse con las medidas de protección personal, incluyendo lavando de manos, distanciamiento social, uso de tapabocas y en lo posible, no ser realizado por medio del transporte público.”

(Subrayado fuera del texto original)

Bajo ese contexto, dadas las circunstancias, y conforme a los argumentos mencionados, es viable que al señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** se le autorice el servicio de transporte, máxime cuando el país atraviesa una emergencia sanitaria y como es de conocimiento nacional acudir a un servicio de transporte público, puede poner el riesgo la salud del ciudadano, quien es una persona de la tercera edad que no cuenta con los recursos suficientes para asumir esta asistencia de manera particular.

Resulta necesario entonces que **NUEVA E. P. S.** le provea al accionante el servicio de transporte adecuado que le permitirá acceder a los servicios de salud que requiere para el manejo de su patología. Insiste esta Instancia en que, aunque dicha petición no es propiamente un servicio de salud, es un instrumento que facilita el acceso a la efectividad del derecho a la salud, contemplando que en el presente caso el señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** no presenta la liquidez suficiente para asumir el costo del transporte particular y teniendo en cuenta la patología debe acudir constantemente a sus tratamientos

médicos. Así las cosas la negación de dicho servicio se convertiría en una barrera que limita al accionante a recibir su tratamiento médico, indispensable para sobrellevar su patología.

Corolario de lo anterior, se tutelarán los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud del accionante; en consecuencia, se ordenara al Representante Legal de **NUEVA E. P. S.**, o a quien haga sus veces que de manera inmediata o a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y disponga los medios necesarios para brindar el servicio de transporte al señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** únicamente para que acuda a su tratamiento médico (hemodiálisis), tres veces por semana en la **I. P. S. INSTITUTO NACIONAL DEL RIÑÓN**, ello para tratar la patología denominada: “*Enfermedad Renal Crónica Estado 5*”.

Se debe indicar que esta orden, tendrá vigencia hasta tanto el Presidente de la Republica determine que ha finalizado la emergencia Sanitaria por COVID -19 que atraviesa el país.

Por último, se debe resaltar que conforme a lo señalado en la sentencia T-760 de 2008, no corresponde al juez de tutela hacer mención a la posibilidad o no de recobros ante el **ADRES (FOSYGA)** o ante el ente territorial, según cada caso. Por ende, se debe tener en cuenta que la E.P.S., está en la libertad de realizar los recobros que estime procedentes ante el respectivo ente conforme la reglamentación administrativa que rige la materia. Como quiera que ese eventual trámite administrativo de recobro es ajeno a la tutela, no puede considerarse que para integrar el *litis consorcio* debía vincularse a la entidad destinataria de esa solicitud de pago¹⁷.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y OCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁷ Ver, entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Tutela 27658 del 10 de octubre de 2006; o de la misma Corporación T- 29327 del 30 de enero de 2007 y Corte Constitucional Auto 193 de 2011.

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO CASTIBLANCO** de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

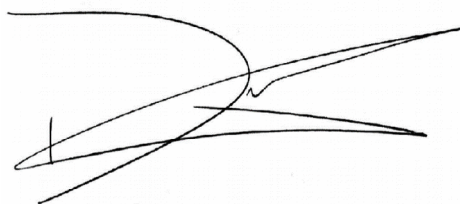
SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de **NUEVA E. P. S.** o a quien haga sus veces que de manera inmediata o a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y disponga los medios necesarios para brindar el servicio de transporte al señor **JAIRO ALIRIO RODRÍGUEZ GARAVITO** únicamente para que acuda a su tratamiento médico (hemodiálisis), tres veces por semana en la **I. P. S. INSTITUTO NACIONAL DEL RIÑÓN**, ello para tratar la patología denominada: *“Enfermedad Renal Crónica Estado 5”*

TERCERO: INFORMAR que esta orden, tendrá vigencia hasta tanto el Presidente de la Republica determine que ha finalizado la emergencia Sanitaria por COVID -19 que atraviesa el país.

CUARTO: INFORMAR a las partes que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR que de no ser impugnada esta decisión, sea remitida la actuación original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y una vez se adelante dicho trámite proceder al archivo de las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DAVID SAMUEL GRANADOS MAYA
JUEZ