



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CERETÉ

Cereté, Córdoba, once (11) de febrero de dos mil veinte (2020)

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA 1ª INSTANCIA
RADICADO	23162-31-03-002-2020-00010-00
ACCIONANTE	SANDRA MILENA PAYARES BUELVAS (SALOMON MAUSSA PAYARES)
ACCIONADO	NUEVA EPS
ASUNTO	FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

I. TRAMITE

Vista la nota secretarial que antecede, procede el despacho a resolver lo que en derecho corresponde en fallo de tutela de primera instancia, acatando el trámite dispuesto en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, reglamentarios de la Acción de Tutela consagrada en el artículo 81 de la Constitución Política de Colombia.

II. TITULARES

II.I.- ACCIONANTE: SANDRA MILENA PAYARES BUELVAS en representación de su menor hijo **SALOMON MAUSSA PAYARES**, identificado con **NUIP 1.029.723.308**.

II.II.- ACCIONADO: en esta ocasión se trata de la empresa promotora de salud **NUEVA EPS**, representada legalmente por su presidente **JOSE FERNANDO CARDONA URIBE**.

III. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

De los hechos narrados, solicita el tutelante le sean amparados los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y mínimo vital.

IV. HECHOS ORIGINARIOS DE LA ACCIÓN

III.I.- manifiesta la accionante que su menor se encuentra afiliado a los servicios de salud de **NUEVA EPS** en calidad de Beneficiario, régimen contributivo.

Que debido a su patología "FIBROSIS QUISTICAS CON MANIFESTACIONES INTESTINALES" se ordenó su valoración en las ciudades de Bogotá (INSTITUTO DE DIAGNOSTICO MEDICO) y Medellín (HOSPITAL PABLO TOBON) a donde debe asistir a recibir prestación de servicios médicos especializados.

Que pese a estar en el régimen contributivo, su salario solo alcanza para cubrir necesidades básicas como alimentación, arriendo, entre otros.

V. PRETENSIONES DEL ACCIONANTE

IV.I.- Con fundamento en los hechos transcritos de manera resumida, solicita el accionante que se ordene a NUEVA EPS, sufragar los gastos de transporte para ella y un acompañante, dado la corta edad del menor, así como pasajes intermunicipales, alojamiento y alimentación, para el menor y dos acompañantes.

VI. ACTUACIONES PROCESALES

VII.I.- La Acción de Tutela referenciada, correspondió por reparto en línea a esta instancia judicial que procedió con su admisión el día 03 de febrero hogaño, ordenando correr traslado a la accionada por el término de 24 horas.

VII. CONTESTACIÓN

VII.I.- Notificado en legal forma el auto admisorio de la acción constitucional, la empresa de salud accionada alegó contestación fuera de término concedido, valga resaltar, en la que en resumen aduce que el suministro de transporte está a cargo de los usuarios y de sus familiares como quiera que son servicios no incluidos en la UPC y que se debe velar porque los recursos públicos destinados para la salud, se destine exclusivamente para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

VIII.I **Problema jurídico:** De los hechos y las pretensiones narrados por el accionante, corresponde a este despacho judicial determinar, la procedencia excepcional de la Acción de Tutela para reclamar suministro de servicios en salud tales como gastos de transporte, hospedaje y alimentación.

De la acción de tutela: La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de nuestra Carta Política y desarrollada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, tiene por objeto¹ reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale el Decreto 2591 de 1991.

Así mismo, el alcance de la acción de tutela encuentra su limitación en el artículo² 6º del precitado decreto.

¹ Ver artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 Por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política

² "Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto".

Procedencia de la acción de tutela para exigir el derecho a la salud. La Corte Constitucional reconoció en la sentencia T-760 de 2008³ “el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo⁴. Desde entonces, la jurisprudencia ha sido consistente y uniforme al señalar que la exigibilidad de este derecho por vía de tutela no requiere demostrar la conexidad con otro derecho fundamental. Recientemente, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 reguló el derecho fundamental a la salud en el sistema jurídico colombiano. Ahora bien, dicha exigibilidad se predica, *en principio*, respecto de los contenidos consagrados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), que establece el conjunto de prestaciones que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS)”.

Con respecto a la subsidiariedad de la acción de tutela para reclamar el derecho a la salud y la seguridad social, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, deben agotarse otros mecanismos de defensa judicial, sin embargo, se tiene que para la protección y garantía del derecho fundamental a la salud, luego de que la EPS responde negativamente las solicitudes de los pacientes o bien sea que haga caso omiso o sea negligente, estos no cuentan con otro mecanismo para demandar su protección y obtener el amparo que garantice el goce efectivo de sus derechos, de manera eficaz, rápida e idónea⁵, sin embargo la Superintendencia de Salud tiene una función jurisdiccional que la faculta para “conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; que conforme al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, (...)”. De manera que, ese también es un mecanismo idóneo para dirimir este tipo de controversias, pero cuando la urgencia no da espera, porque la negativa, negligencia u omisión de la empresa de salud está tropezando el derecho a la salud del usuario, así como del acceso a esta, pese a la jurisdicción de la superintendencia, la acción de tutela se convierte en el mecanismo efectivo y rápido del reclamo y en sí, del camino a la materialización del derecho.

En consecuencia de lo anterior, la Corte admitió que la acción de tutela es el medio judicial procedente, eficaz e idóneo que tienen los accionantes para exigir la garantía efectiva de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social y concluyó que procede para que los ciudadanos presenten al juez la situación que encuentran vulneratoria o amenazante y soliciten la protección inmediata de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

Inaplicación del plan de beneficios con cargo a la UPC (antes POS). la exigibilidad de medicamentos, elementos y servicios médicos está supeditada, *en principio*, a que forme parte del Plan de Beneficios con cargo a la UPC, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente y uniforme al establecer que “le corresponde al juez de tutela determinar si la aplicación exegética de la normatividad que regula el POS en cuanto a aquellos servicios, medicamentos y elementos no incluidos conlleva a una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la

³ Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ El reconocimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo es resultado de una evolución jurisprudencial, la observancia de la doctrina y de los instrumentos internacionales relacionados con la materia. Al respecto pueden consultarse las sentencias T-200 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-165 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-705 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-073 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-762 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre muchas otras.

⁵ sentencia T-545 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

vida digna, a la salud y a la seguridad social. En ese escenario, *el juez de tutela debe inaplicar en el caso concreto dicha reglamentación con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados*.⁶ Es decir que en esos casos tiene lugar la aplicación directa de la Constitución y, en consecuencia, debe concederse el suministro del medicamento, servicio o el elemento solicitado por el paciente.

Tal y como se afirmó en la sentencia T-003 de 2015, que acogió lo dispuesto en la T-760 de 2008, *“la Corte ha reiterado que cuando los servicios médicos no contemplados en el POS sean requeridos con necesidad, las EPS tiene el deber constitucional de garantizar su suministro.”*⁷ Ello supone, que el juez de tutela debe inaplicar para el caso concreto la reglamentación del plan de salud y aplicar directamente la constitución con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

En jurisprudencia pacífica y uniforme, la corporación citada ha aplicado los siguientes criterios para determinar si es procedente ordenar servicios de salud excluidos del plan de beneficios: *“(i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.”*⁸

Concesión de gastos de transporte como medio de garantizar el acceso a la salud. Como bien lo ha enseñado la jurisprudencia, estos no son catalogados como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional y, actualmente, por el ordenamiento jurídico, como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, pues, en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido, conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental.

De tal suerte que, aunque no sea descrito como servicio de salud y aún más cuando no está dentro del plan de beneficios, en el caso que los gastos de transporte, alojamiento y alimentación del paciente en lugar diferente al de su domicilio, impidan que éste goce del servicio de salud, debe el estado asumir su costo para eliminar barreras de libre acceso al servicio de salud.

Caso concreto. ciertamente, como lo alega NUEVA EPS, la Resolución 5269 de 2017, *“Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”*, establece en su artículo 120 que *“el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC financia el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos: 1. Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en ambulancias. 2. Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio*

⁶ sentencias: SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁷ Sentencia T-003 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸ Sentencia T-249 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo;

no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está financiado con recursos de la UPC el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia. El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente. Asimismo, se financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe”.

Sin embargo y pese a lo esgrimido por la accionada, la Corte Constitucional ha enseñado que en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la citada Resolución (upc) y tanto él como sus familiares cercanos carezcan de recursos económicos necesarios para sufragarlo, es la EPS la llamada a cubrir el servicio, en la medida en que, de no hacerlo, se pueden generar graves perjuicios en relación con la garantía del derecho fundamental a la salud, pues el hecho de no prestar el servicio en una municipalidad cercana al afiliado, sino que deba trasladarse a otro departamento a recibirlo, se constituye en una barrera de acceso a dicha prestación,

Teniendo en cuenta lo anterior y si bien es cierto que la parte demandante admite tener ingresos, también lo es que la entidad de salud no dio detalles al respecto, ni contradujo tal hecho, teniendo a su disposición el salario base de cotización de los aportes en salud, razón por la cual el despacho debe presumir los hechos narrados respecto de la situación económica aludida en este caso, primero ante la regla general de que quien niega está exento de probar, y *segundo* ante la presunción de veracidad legal contenida en el **Art., 20º del Decreto 2591 de 1991**.

Habida consideración de lo expuesto, el despacho dará tutela efectiva de lo solicitado en la presente acción, ordenando a NUEVA EPS sufragar solo lo concerniente a gastos de transporte y hospedaje, pues como bien se reitera lo concerniente a pasajes intermunicipales y alimentación, como quiera que la accionante tiene el deber, en virtud del principio de sostenibilidad del sistema de salud, de costearlo aun cuando los servicios de salud fueran prestados cerca de donde residen, salvo que manifestaren condiciones de extrema pobreza, no siendo este el caso.

Expuestas las motivaciones al respecto; este despacho judicial;

RESUELVE.

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, a la dignidad humana y al mínimo vital de la señora **SANDRA MILENA PAYARES BUELVAS** en representación de su menor hijo **SALOMON MAUSSA PAYARES**, identificado con NUIP 1.029.723.308 contra **NUEVA E.P.S.**, por los argumentos expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a **NUEVA E.P.S.**, que en el término de **veinticuatro (24) horas** contadas a partir de la notificación de este fallo, asuma el pago de los gastos de transporte aéreo de la señora **SANDRA MILENA PAYARES BUELVAS** en representación de su menor hijo **SALOMON MAUSSA PAYARES**, identificado con **NUIP 1.029.723.308**, y un acompañante desde la ciudad de **Montería – Córdoba** hasta la ciudad de **Medellín – Antioquia y Bogotá DC**, o a cualquier otra ciudad donde se

⁹ **ARTICULO 20. PRESUNCION DE VERACIDAD.** Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.

autorice prestación del servicio de salud al menor **SALOMON MAUSSA PAYARES**, ida y regreso para que pueda asistir a las citas médicas especializadas autorizadas por NUEVA E.P.S., así como los gastos por concepto de alojamiento en caso de ser necesario durante el tiempo que sea requerido para la efectividad de la prestación del servicio de salud.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente esta decisión a las partes por el medio más expedito.

CUARTO: REMITIR, *en caso de no ser impugnada*, la presente tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo, 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


OSWALDO MARTINEZ PEREDO
JUEZ