JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE PELAYA

AGOSTO CUATRO (4) DE DOS MIL VEINTE (2020).-

REF: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: GUSTAVO GAONA CALDERON

ACCIONADO: NUEVA E.P.S Y LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR

RAD: 20550-4089-001-2020-00075-00

ASUNTO A TRATAR:

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la presente **ACCION DE TUTELA** promovida en nombre propio por el señor **GUSTAVO GAONA CALDERON** contra **NUEVA E.P.S Y LA SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR.-**

DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE ESTIMAN VIOLADOS:

- ❖ **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, VIDA Y SEGURIDAD SOCIAL.**

HECHOS:

- ❖ El señor **GUSTAVO GAONA CALDERON** actualmente afiliado al régimen subsidiado a **NUEVA E.P.S. –**
- ❖ El actor, nació el día 14 de Junio de 1987, y en la actualidad su edad es de 33 años.-
- ❖ Afirma que en el mes de febrero del presente año sufrió un grave accidente de tránsito y debido a ello tuvo **TRAUMA CRANEOENFALICO PENETRANTE, TRAUMA FACIAL, POP DE ESQUIRLECTOMIA Y DRENAJE HEMATOMAS EPIDURAL, POP DRENAJE DE EMPIEMA EPIDURAL, SECUESTRECTOMIA Y CIERRE DE FISTULA DEL LCR.-**
- ❖ Indica que el **MÉDICO INFECTOLOGO** le ordeno al actor el **MEDICAMENTO MEROPENEM POLVO PARA RECONSTITUIR 19 INTRAVENOSA CADA 1 HORAS POR 30 DIAS MES** el cual no ha sido autorizado por la EPS.-
- ❖ Alega además que el medico le ordena **CITA DE CONTROL POR NEUROCIRUGÍA Y CONSULTA POR CIRUGÍA PLÁSTICA** en un mes la cual no ha sido autorizada por la demandada.-
- ❖ Considera que es un sujeto de especial protección, de escasos recursos por lo que debe acudir a las citas médicas de control, entrega de medicamentos y practica exámenes especializados que requiera, en la ciudad de Valledupar y la accionada no está cubriendo los gastos de alojamiento, transporte intermunicipales y transporte internos, para el interesado y un acompañante; negándole el acceso integral a los servicios de salud y seguridad social.-

PRETENSIONES:

- ❖ **TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, VIDA Y SEGURIDAD SOCIAL** del señor **GUSTAVO GAONA CALDERON** presuntamente vulnerados por **NUEVA E.P.S.-**
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S AUTORIZAR** al señor **GUSTAVO GAONA CALDERON.-**
 - **CITAS MEDICAS**
 - **MEDICAMENTOS POS Y NO POS**
 - **PROCEDIMIENTOS QUIRURGICOS**
 - **ESTUDIOS MEDICOS ESPECIALIZADOS**

- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S el reconocimiento y suministro al señor GUSTAVO GAONA CALDERON LA ENTREGA:**
 - **MEDICAMENTO MEROPENEN POLVO.-**
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S. AUTORIZAR al señor GUSTAVO GAONA CALDERON LOS SERVICIOS MEDICOS:**
 - **CITAS MEDICAS ESPECIALIZADA POR NEUROCIRUGIA**
 - **CITAS MEDICAS ESPECIALIZADA POR CIRUGIA PLASTICA**
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S el reconocimiento y suministro al señor GUSTAVO GAONA CALDERON.-**
 - **ALOJAMIENTO,**
 - **GASTOS DE ALIMENTACION,**
 - **TRANSPÒRTES INTERNOS (TAXI)**
 - **TRANSPORTE INTERMUNICIPALES desde el municipio de Pelaya a la ciudad donde deba practicarse la atención médica para la accionante y un acompañante.**
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S. PRESTAR A LA ACCIONANTE LA ATENCIÓN MEDICA E INTEGRAL DE MANERA RAPIDA Y SIN DILACIONES.-**

PRUEBAS RECAUDADAS:

Por constituir anexo de la acción constitucional en estudio, el acervo probatorio está conformado por:

- ❖ Fotocopia de historia clínica.-
- ❖ Fotocopia de la Cedula de Ciudadanía del accionante.-
- ❖ Dentro del trámite de tutela, el Despacho solicito informe a la accionada **NUEVA E.P.S.** quien en el término concedido dio respuesta a la acción.-
- ❖ Dentro del trámite de tutela, el Despacho solicito informe a las accionadas **SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR**, quien en el término concedido guardo silencio, lo que la hace acreedora a la sanción prevista en el Artículo 20 del Decreto 2591/91, es decir que se tendrán por cierto los hechos alegados por el accionante.-

COMPETENCIA:

Este Juzgado es competente para conocer en primera instancia de la presente acción, de conformidad con el Artículo 86 de la Constitución Política y con ella Artículo 37 del decreto 2591 de 1991.-

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA **LEGITIMACIÓN ACTIVA**

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.- En esta oportunidad, el señor **GUSTAVO GAONA CALDERON Z** quien en nombre propio actúa defensa de sus derechos e intereses, razón por la que se encuentra legitimado.-

LEGITIMACIÓN POR PASIVA:

Por su parte, la **legitimación por pasiva** dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.- De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, "*la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley*".

Igualmente, la referida norma señala que "*también procede la acción de tutela contra acciones u omisiones de particulares*", en concordancia con lo establecido en sus artículos 42 al 45 y el inciso final del artículo 86 superior.

Por lo anterior, la **SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR** tiene **legitimación por pasiva**, por ser el ente territorial encargado de dirigir, coordinar, vigilar y garantizar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población habitante en el Departamento del Cesar, según las características poblacionales y el régimen de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.-

Así mismo, se constata que **NUEVA EPS** es una entidad prestadora del servicio público de salud, a la cual se encuentra afiliado el señor **GUSTAVO GAONA CALDERON Z**, en cuyo favor se interpone esta acción y, en consecuencia, está legitimada por pasiva para actuar en este proceso.

REQUISITO DE INMEDIATEZ:

El principio de inmediatez previsto en el referido artículo 86 superior es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales.-

En este orden de ideas, se ha establecido que para verificar el cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la presentación de la acción de tutela es razonable.-

Este Despacho considera que en este caso, la solicitud de amparo cumple con el requisito de inmediatez debido a que la acción de tutela se interpuso dentro de un plazo razonable.- En particular, se advierte que el amparo se interpuso cinco meses y medio después de que la accionante obtuviera respuesta negativa de **NUEVA EPS** sobre la prestación del servicio de enfermería domiciliaria. Además, en cualquier circunstancia es claro que para el momento de la interposición de la acción de tutela y aun hoy, el afectado padece un complejo estado de salud y una presunta afectación a su calidad de vida, conforme a lo alegado por la agente oficiosa, desde la presentación de la tutela.-

REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD:

El artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991 establecen expresamente que la tutela solo procede cuando "*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*".- Su procedencia está condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que esta acción no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa, tampoco a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, ni a las autoridades administrativas que tengan competencias jurisdiccionales. El juez de tutela no puede sustituirles, a menos que advierta un perjuicio irremediable.-

En consecuencia, el requisito de subsidiariedad mencionado se encuentra acreditado en el caso concreto, en tanto que para el momento de la interposición de la acción de tutela no existía un medio de defensa judicial idóneo al que pudiera acudir la accionante. Además, debe considerarse que el señor **GUSTAVO GAONA CALDERON Z** es un sujeto de especial protección constitucional, en razón de su edad, su diagnóstico y de sus condiciones socioeconómicas, por lo que la intervención oportuna del juez constitucional es pertinente.-

CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA SALUD.

REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA:

El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 superior y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.-

En numerosas oportunidades y ante la complejidad de los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas principales: por un lado, su reconocimiento como derecho fundamental y, por el otro, **su carácter de servicio público.**-

En cuanto a la primera faceta, este derecho ha sido objeto de un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, en la **Sentencia T-760 de 2008** se le concede esta naturaleza, por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia de las personas y por su condición de garante de la integridad física y moral de los individuos.

En lo que respecta a su última faceta, el servicio de salud debe ser prestado conforme a la ley, de manera oportuna, eficiente y con calidad, en atención a los principios de continuidad, integralidad e igualdad.-

Ahora bien, en aras de asegurar la eficacia del derecho a la salud en sus dos aspectos descritos, fue expedida la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que consagró este derecho: (i) de un lado, como fundamental y autónomo; (ii) como derecho irrenunciable en lo individual y en lo colectivo; y de otro, (iii) como servicio público esencial obligatorio, que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.-

En efecto, la Ley estatutaria estableció una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud, en los que se destacan entre otros, los siguientes: Universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, Solidaridad, Eficiencia e interculturalidad.-

Adicionalmente, el Legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responde al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud. Estos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas.

En lo que concierne a la dimensión positiva, el Estado tiene el deber de:

1. Sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio; así como
2. Generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población;
3. Adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud, y servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros
4. Vigilar que la prestación del servicio de salud a cargo de particulares no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención;
5. Controlar la comercialización de equipos médicos y medicamentos
6. Asegurarse de que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; y
7. Adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, las niñas, los niños, los adolescentes y las personas mayores.

Por otro lado, en relación con la dimensión negativa, se resalta que la Ley 1751 de 2015 impone a los actores del sistema los deberes de:

1. No agravar la situación de salud de las personas afectadas
2. Abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos;
3. Abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de los ciudadanos
4. Prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales;
5. No comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos.-

La jurisprudencia constitucional reconoce que estos deberes negativos implican que el Estado o las personas pueden violar el derecho a la salud, bien sea por omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado deteriora la salud de un individuo.-

En cuanto al derecho fundamental a la salud, la Corte ha destacado que este involucra el respeto por los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional. En particular, la Corte ha dicho lo siguiente sobre cada uno de ellos:

1. **DISPONIBILIDAD:** implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población.-
2. **ACEPTABILIDAD:** hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida.-
3. **ACCESIBILIDAD:** corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para obtener materialmente la prestación o suministro de los servicios de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar a los usuarios el ingreso al sistema de salud con barreras económicas mínimas y el acceso a la información.-
4. **CALIDAD:** se refiere a la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.-

En conclusión, el derecho a la salud:

1. Es fundamental, autónomo e irrenunciable
2. Como servicio público esencial obligatorio debe ser prestado a la luz de importantes principios como el de oportunidad y eficacia y bajo la dirección y coordinación del Estado;
3. Se articula bajo los principios *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia e interculturalidad;
4. Implica la adopción de medidas por parte del Estado para su realización, específicamente, en su dimensión prestacional positiva y negativa; y
5. Se rige por los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad.

EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS NO INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD:

En relación con el suministro de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), se ha precisado que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones derivadas de su reconocimiento y prestación, y a la magnitud de acciones que se esperan del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios que requiere la población.-

Sin embargo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento no incluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un servicio que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.-

Para facilitar la labor de los jueces, la **Sentencia T-760 de 2008** resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están a cargo del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

1. *“que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad;*
2. *que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad;*
3. *que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y,*
4. *que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.-*

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en una circunstancia específica que lo amerite, no implica *per se* la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas, en cada caso concreto.

La Corte ha señalado en relación con la primera *subregla* que se desprende de la sentencia en mención, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio del Estado Social de Derecho.

En torno a la segunda *subregla*, referente a que los servicios no tengan reemplazo en el PBS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan de Beneficios en Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte que, si el medicamento o servicio requerido por la accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del PBS.

En cuanto a la tercera *subregla*, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno adscrito a la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que:

(i) Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experiencia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.

(ii) Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente con base en el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.

(iii) Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante.

En efecto, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertas circunstancias el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección, especialmente si su garantía va ligada con la dignidad intrínseca de la persona o aquella está amenazada: (a) casos en que se concede tratamiento no incluido en el PBS y (b) casos excepcionales. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir prescripciones médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que sus condiciones de existencia son indignas, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.-

Finalmente, en torno a la cuarta *subregla*, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA- hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, sólo puede asumir aquellas cargas que, por incapacidad real, no puedan costear los asociados.

En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, la jurisprudencia ha dicho que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada **Sentencia T-760 de 2008**, señaló que dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio “*afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona*”.

En suma, las exclusiones del PBS son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el juez de tutela deberá intervenir para su protección. En tales casos, el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente. En casos específicos en los que no se cuenta con orden médica, pero de la historia clínica o algún concepto de los profesionales de la salud se puede advertir la necesidad de suministrar lo requerido por el accionante, el juez podrá ordenar la entrega de medicamentos, procedimientos y dispositivos no incluidos en el PBS. Con fundamento en estas reglas, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de servicios y tecnologías fuera del PBS como pañales, pañitos húmedos y sillas de ruedas.-

**EL CUBRIMIENTO DE LOS GASTOS DE TRANSPORTE PARA LOS PACIENTES Y SUS
ACOMPAÑANTES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD.
REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA:**

El servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional, al igual que 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.-

Así, la Resolución No. 5592 de 2015, “*Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud—SGSSS y se dictan otras disposiciones*”, establece, en su artículo 126, que se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre de los pacientes, cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir el servicio, incluyendo, a su vez, el transporte para atención domiciliaria. Por lo tanto, en principio, son estos eventos los que deben ser cubiertos por las EPS.-

No obstante, esta Corporación ha sostenido, como se observó en párrafos anteriores y lo ha reiterado en sus pronunciamientos, que el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna y eficiente, libre de barreras u obstáculos de acceso, por tanto, en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la citada Resolución 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 se pueden generar graves perjuicios en relación con la garantía del derecho fundamental a la salud. –

Ante estos eventos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez de tutela debe entrar a analizar la situación fáctica que se le presenta, pues se deben acreditar las reglas establecidas por este Tribunal, como requisito para amparar el derecho y trasladar la obligación a la EPS de asumir los gastos derivados del servicio de transporte, a saber: *que*

1. *ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y*
2. *de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”.-*

Ahora bien, en cuanto a la capacidad económica del afiliado la Corte ha señalado que cuando este afirma que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, lo cual puede ser comprobado por cualquier medio, incluyendo los testimonios, se invierte la carga de la prueba. Por consiguiente, es la EPS la que debe entrar a desvirtuar tal situación, en la medida en que cuenta con las herramientas para determinar si es verdadera o no.-

Por otro lado, relacionado también con el tema del transporte, se encuentra que pueden presentarse casos en que el paciente necesita de alguien que lo acompañe a recibir el servicio, como es el caso de personas de edad avanzada o que el tratamiento requerido causa un gran impacto en la condición de salud de la persona. En ese orden, “*si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas” (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado* la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante.-

Así las cosas, como se observó previamente, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el POS, existen otros eventos en que, a pesar de encontrarse excluidos, el traslado se torna de vital importancia para poder garantizar la salud de la persona, por consiguiente, el juez de tutela debe analizar la situación y reiterar que, de evidenciarse la carencia de recursos económicos tanto del paciente, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, resulta obligatorio para la EPS, cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de evitar imponer barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud.-

REGLAS PARA INAPLICAR LAS NORMAS DEL POS.

REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA:

En muchas oportunidades, esta corporación ha resaltado que la reglamentación y aplicación del Plan Obligatorio de Salud no puede desconocer derechos constitucionales fundamentales, lo cual ocurre cuando una EPS, con el argumento exegético de la exclusión en el POS, interpreta de manera restrictiva la reglamentación y evade la práctica de servicios, procedimientos, intervenciones o el suministro de medicinas o elementos, necesarios para preservar la vida de calidad de los pacientes y su dignidad.-

A partir del fallo T-760 de 2008 precitado, se definieron subreglas precisas, que el juez de tutela debe observar cuando frente a medicamentos, elementos, procedimientos, intervenciones y servicios, indispensables en la preservación o recuperación de la salud, deba aplicar directamente la Constitución y ordenar su suministro o realización.

En la mencionada sentencia se puntualizó, sin embargo, que *“el hecho de que excepcionalmente en un caso concreto una persona requiera un servicio de salud no incluido en el POS, y se le garantice el acceso al mismo, no tiene como efecto modificar el POS e incluir tal servicio. El servicio no incluido al que se haya garantizado el acceso en un caso concreto, permanece como un servicio no incluido dentro del Plan y sólo podrá ser autorizado, excepcionalmente, por las condiciones específicas en que se encuentra el paciente, sin perjuicio de que la experiencia y los estudios lleven a que el órgano regulador decida incluir dicho servicio en el plan de beneficios”*.

Así, en dicho fallo se indicó que la acción de tutela procede para lograr una orden de amparo en este ámbito cuando, en principio, concurren las siguientes condiciones:

1. *“La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.-*
2. *El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad.-*
3. *El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente.-*
4. *La falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido*

Ahora bien, debido a diversas situaciones, especialmente frente a la necesidad de cumplimiento adecuado de la Constitución y protección integral del derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional, dichas *subreglas* han recibido algunas precisiones, a fin de acompañarlas aún más al espíritu de salvaguarda constitucional.-

En tal sentido, en relación con la **primera subregla** atinente *al riesgo a la vida e integridad personal por la no prestación de un servicios de salud*, la Corte precisó que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no solo para sobrevivir sino para desempeñarse adecuadamente, de modo que las afecciones que pongan en peligro su **dignidad** deben ser superadas o paliadas; por ello, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación y conseguir alivio a sus dolencias, en procura del *“respeto de la dignidad.-*

En torno a la **segunda subregla**, atinente a que *los medicamentos no tengan sustitutos en el POS*, esta Corte ha afianzado dicha condición, siempre y cuando se demuestre la efectividad y calidad de lo sí incluido, frente a los que no lo están.-

Frente a la **tercera subregla** que, según la sentencia T-760 de 2008 exige *la orden del médico tratante adscrito a la EPS* para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta corporación ha efectuado diversas precisiones.-

Finalmente, en torno a la **cuarta subregla**, referente a *la capacidad económica de los accionantes*, esta Corte ha insistido que debido a los ya referidos principios de solidaridad y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías, solo asume aquellas cargas que por real incapacidad no puedan erogar los asociados.-

Así, en la ya referida sentencia T-760 de 2008, se explicó que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a la atención fisiológica, pero *“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”*.

Tratándose de la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos, implementos y servicios, la Corte ha indicado reiteradamente que no es una cuestión *“cuantitativa”* sino *“cualitativa”*, pues depende de la situación socioeconómica del interesado y de las obligaciones que sobre él pesen. Al respecto, en tal fallo T-760 de 2008 se lee:

“El derecho al mínimo vital ‘no sólo comprende un elemento cuantitativo de simple subsistencia, sino también un componente cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana. Su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante. Teniendo en cuenta que el mínimo vital es de carácter cualitativo, no cuantitativo, se ha tutelado el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona.”

Acorde con todo lo hasta aquí consignado, debe entonces examinarse, en cada caso específico, si el paciente cumple esas condiciones jurídicas y fácticas, de acuerdo a lo estipulado normativamente y por la jurisprudencia, para que sean amparados los derechos a la salud, la vida en condiciones dignas y la integridad personal, a saber:

1. La falta del servicio, intervención, procedimiento, medicina o elemento, vulnera o pone en riesgo los derechos a la salud, la vida, la integridad personal y/o de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava o no atenúa la afectación de la salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.-
2. El servicio, intervención, procedimiento medicina o elemento no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido, con el mismo nivel de calidad y efectividad.
3. El servicio, intervención, procedimiento, medicina o elemento ha sido dispuesto por un médico, adscrito a la EPS o no, o puede inferirse claramente de historias clínicas, recomendaciones o conceptos médicos que el paciente lo necesita, siendo palmario que si existe controversia entre el concepto del médico tratante y el CTC, en principio prevalece el primero.-
4. Se colija la falta de capacidad económica del peticionario o de su familia para costear el servicio requerido, dejando claro que, por el principio de buena fe y la protección especial que debe darse a quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por los accionantes, corriendo sobre las entidades prestadoras del servicio de salud la carga de probar en contrario.-

Ahora bien, se ha abordado en distintas ocasiones el tema de los insumos que se necesitan para el manejo de personas que padecen pérdida del control de esfínteres (como por ejemplo el uso de pañales desechables), los cuales, a pesar de estar excluidos del POS, constituyen parte del manejo indispensable que a estos pacientes se le debe brindar para garantizarles una vida en condiciones dignas. De esta forma, la Corte ha establecido que para determinar si hay o no lugar al suministro de estos elementos, se debe verificar el cumplimiento de dichos requisitos.

Sin embargo, también se ha sostenido que en los casos en los que no exista fórmula del médico tratante que prescriba su uso, habrá lugar a ordenar su suministro cuando sea posible deducir que *“existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables”*.- Dicho de otro modo, *“se trata de que las circunstancias fácticas y médicas permitan concluir forzosamente que, en realidad, el afectado necesita de la provisión de los componentes solicitados”*. A la anterior conclusión se podrá allegar bien sea por lo que consta en la historia clínica del paciente, o por sus propias condiciones.-

De esta manera, de presentarse los presupuestos jurisprudenciales anteriormente expuestos, la Entidad Prestadora de Salud tendrá que proporcionar el servicio, procedimiento, insumo, tratamiento o medicamento que requiera el usuario, independientemente de que el financiamiento del mismo recaiga en ella, o no, evento último en el cual estará habilitada para recobrar lo correspondiente al Fosyga o a la entidad territorial.-

Por otro lado, en los eventos en los que no haya orden médica, y del análisis de los elementos de juicio existentes en el proceso no sea evidente con suficiente certeza la necesidad del insumo, servicio o medicamento pretendido en sede de tutela, pero se observe una actuación poco diligente de la empresa prestadora del servicio de salud, la Corte ha considerado que tal situación desconoce el derecho al diagnóstico, es decir, la garantía que posee el usuarios de *“exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado.”*-

Por ende, en tales situaciones, si bien el juez de tutela no tiene la obligación de ordenar el suministro del insumo o medicamento, sí debe requerir a la entidad accionada para que determine, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, la enfermedad que soporta el usuario y el tratamiento, medicación y manejo más adecuados para contrarrestarla.-

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO:

El señor **GUSTAVO GAONA CALDERON**, de **33 AÑOS DE EDAD**, afiliado a la **NUEVA E.P.S** al sistema de seguridad social en el régimen subsidiado a quien fue diagnosticado con **TRAUMA CRANEOENFALICO PENETRANTE, TRAUMA FACIAL, POP DE ESQUIRLECTOMIA Y DRENAJE HEMATOMAS EPIDURAL, POP DRENAJE DE EMPIEMA EPIDURAL, SECUESTRECTOMIA Y CIERRE DE FISTULA DEL LCR**, reside en el municipio de Pelaya (Cesar).-

En ese orden de ideas, este Despacho decretará el **SUMINISTRO DE CITAS MEDICAS, EXAMENES ESPECIALIZADOS, Y MEDICAMENTOS POS Y NO POS EN FORMA PERMANENTE Y OPORTUNA Y ADEMÁS CUBRIR LOS GASTOS DE ALIMENTACION, ALOJAMIENTO, TRANSPÒRTE INTERNOS (TAXI) Y TRANSPORTE INTERMUNICIPALES** desde el Municipio de Pelaya a la ciudad donde deba practicarse la atención médica para el accionante el señor **GUSTAVO GAONA CALDERON** de **33 AÑOS DE EDAD** y para un acompañante desde el Municipio de Pelaya a la ciudad donde deba practicarse la atención médica.-

Frente a los gastos de desplazamiento del acompañante, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional:

1. El paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento.-
2. requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y
3. ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.

Respecto al primer requisito, el accionante requiere de un acompañante toda vez que es un paciente que depende de un tercero para trasladarse a cumplir su tratamiento; no obstante, es necesario que el paciente acuda con un acompañante porque durante el procedimiento el actor no puede valerse por sí misma, siendo necesaria la compañía y ayuda básica de un tercero, de quien depende totalmente en esos momentos.-

Tratándose del segundo requisito, el Despacho estima que el accionante requiere **CITA DE CONTROL POR NEUROCIROLOGIA Y CIRUGIA PLASTICA** además de una atención permanente por parte del acompañante para que pueda realizar sus actividades cotidianas, máxime cuando el tratamiento le exige un desplazamiento de 4 horas y más por carretera desde el municipio de su residencia a la ciudad de Valledupar o a otra ciudad donde practicarse la atención médica

Por último se observa que se estructura en el caso bajo examen, porque la interesada indicó que él y su familia carecen de recursos económicos para sufragar los gastos de traslado que le implica acceder al procedimiento indicado, negación indefinida que no fue controvertida por la entidad accionada y que se presume como cierta.-

De acuerdo con el análisis realizado, por este Juzgado considera que se presentan los elementos necesarios para conceder el amparo a los **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, IGUALDAD Y SEGURIDAD SOCIAL** del accionante y ordenará a la **NUEVA E.P.S** de manera inmediata el **SUMINISTRO DE CITAS MEDICAS, EXAMENES MEDICOS ESPECIALIZADOS Y MEDICAMENTOS POS Y NO POS EN FORMA PERMANENTE Y OPORTUNA Y ADEMÁS CUBRIR LOS GASTOS DE ALIMENTACION, ALOJAMIENTO, TRANSPORTES INTERNOS (TAXI) Y TRANSPORTE INTERMUNICIPALES** para el accionante el señor **GUSTAVO GAONA CALDERON** de **33 AÑOS DE EDAD** y para un acompañante desde el Municipio de Pelaya a la ciudad donde deba practicarse la atención médica.-

Como la **NUEVA E.P.S**, es ampliamente conocedora de las competencias legales de los suministros de los servicios que no están en el Plan de Beneficios en Salud a las personas vulnerables, se le deja en libertad para que demande el reembolso ante la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)** el 100% del costo de los servicios en salud que no están en el Plan de Beneficios en Salud y no cubra la **NUEVA E.P.S**, Según lo ordenado en este fallo.-

Igualmente se dispone enviar el expediente para la eventual revisión de este fallo a la Corte Constitucional en los términos del artículo 31 del Decreto 2591/91.-

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE PELAYA (CESAR) administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: SE CONCEDE EN TUTELA EL AMPARO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, VIDA Y SEGURIDAD SOCIAL del señor **GUSTAVO GAONA CALDERON Z**, presuntamente vulnerados por la **NUEVA E.P.S** según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.-

SEGUNDO: ORDÉNAR al gerente de la **NUEVA E.P.S SECCIONAL CESAR**, o quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice al señor **GUSTAVO GAONA CALDERON** y con cargo a esa EPS los servicios:

- **CITAS MEDICAS**
- **MEDICAMENTOS POS Y NO POS**
- **MEDICAMENTO MEROPENEN POLVO**
- **EXÁMENES MEDICOS ESPECIALIZADOS.**
- **CITAS MEDICAS ESPECIALIZADA POR NEUROCIRUGIA**
- **CITAS MEDICAS ESPECIALIZADA POR CIRUGIA PLASTICA**
- **GASTOS DE TRANSPORTE INTERMUNICIPALES** desde el **MUNICIPIO DE PELAYA-CESAR A LA CIUDAD DONDE DEBA PRACTICARSE LA ATENCIÓN MÉDICA PARA EL ACCIONANTE Y UN ACOMPAÑANTE.-**
- **TRANSPÒRTES INTERNOS (TAXI), ESTADIA, ALIMENTACION CUANDO LA ATENCION DEBA PRACTICARSE FUERA DEL MUNICIPIO DE PELAYA-CESAR PARA EL ACCIONANTE Y UN ACOMPAÑANTE.-**

TERCERO: EXHORTAR al Representante Legal de la **NUEVA E.P.S.** que la **PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD SEA DE MANERA RAPIDA Y SIN DILACIONES.-**

CUARTO: EXHORTAR al Representante Legal de la **NUEVA E.P.S** para que continúe prestando el servicio de transporte y cubriendo los gastos que implique, en procura de desplazar cómodamente al señor **GUSTAVO GAONA CALDERON**, desde el sitio de su residencia hasta la ciudad donde debe acudir a la valoración correspondiente ordenado por el médico tratante.-

QUINTO: Prevéngase al Gerente de la **NUEVA E.P.S** que el incumplimiento de ésta decisión se sancionará como desacato. -

SEXTO: DECLARAR que la **NUEVA E.P.S** está facultada para reclamar ante la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)** el 100% del costo de los servicios en salud en que incurra por la atención del señor **GUSTAVO GAONA CALDERON** que no están en el Plan de Beneficios en Salud respecto a los servicios solicitados y no cubra la **NUEVA E.P.S.**, Según lo ordenado en este fallo.-

SEPTIMO: SEÑALAR que ésta decisión puede ser impugnada por cualquiera de las partes que indica el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.-

OCTAVO: De igual manera expídase a costas de la **NUEVA E.P.S** Y LA **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)** la copia autentica de sentencia con constancia de ejecutoria formal y expedir certificación de la fecha cuando sea remitida a la Corte Constitucional para su eventual revisión a su costa.-

NOVENO: Notifíquese la presente decisión por el medio más expedito y eficaz posible tanto al accionante, y al Representante de entidad accionada de conformidad con lo establecido en - el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.-

DECIMO: En firme ésta providencia remítase la actuación original a la Corte Constitucional para su eventual revisión.-

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

Firmado Por:

**NELLYS EUFEMIA MOVIL GUERRA
JUEZ**

JUZGADO 001 MUNICIPAL PROMISCOU DE LA CIUDAD DE PELAYA-CESAR

**Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12**

Código de verificación:

c13ef83a23503177318862180d88d2d2f8b52ebe54f5a4164de8751fbb0a4985

Documento generado en 04/08/2020 06:33:10 p.m.