

JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE PELAYA

ENERO VEINTICINCO (25) DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).-

REF: ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES
REPRESENTADO POR AGENTE OFICIOSO AMELIA LEIVA BELLO
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.-
RAD:20550-4089-001-2021-00002-00

ASUNTO A TRATAR:

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la presente **ACCION DE TUTELA** promovida a través de agente oficioso por el señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** 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 **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** actualmente se encuentra afiliado al régimen contributivo a **NUEVA E.P.S. –**
- ❖ El actor, nació el día 18 DE FEBRERO DE 1983 y en la actualidad su edad es de 37 años.-
- ❖ Afirma que su esposo fue diagnosticado **CON DISMINUCIÓN AUDICIÓN OIDO IZQUIERDO OTORREA, PERFORACIÓN TIMPÁNICA, ESCURRIMIENTO POSTERIOR, ESTORNUDOS FRECUENTES, CEFALEA, DOLOR EN SENOS PARANASALES PERFORACIÓN MEMBRANA TIMPÁNICA. –**
- ❖ Indica que la demandada no le autoriza la **CIRUGÍA DEL OÍDO IZQUIERDO.-**
- ❖ Alega que el demandante se encuentra incapacitado a la espera que la **NUEVA E.P.S** autorice la cirugía que necesita para poder recuperar la audición y mejorar su calidad de vida.-
- ❖ Indica que son personas de escasos recursos y no cuenta con los medios necesarios debido a ello promueve la presente acción de tutela con el fin de que se le ordene a la **NUEVA EPS** correr con los gastos de viáticos (transportes, alojamiento, alimentación etc) para el agenciado y un acompañante, toda vez que después de realizarse el procedimiento quirúrgico debe permanecer en observación aproximadamente ocho (8) días después de realizada la cirugía en el centro médico especializado.-

PRETENSIONES:

- ❖ **TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, VIDA Y SEGURIDAD SOCIAL** del señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** presuntamente vulnerados por **NUEVA E.P.S.-**
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S AUTORIZAR** al señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** **LOS SERVICIOS DE:**
 - **CITAS MEDICAS**
 - **MEDICAMENTOS POS Y NO POS**
 - **PROCEDIMIENTOS QUIRÚRGICOS**
 - **EXÁMENES MEDICOS ESPECIALIZADOS.**

- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S AUTORIZAR al señor GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES LOS SERVICIOS DE:**
 - **CIRUGÍA DEL OÍDO IZQUIERDO**
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S el reconocimiento y suministro al señor GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES DE LOS GASTOS DE:**
 - **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.-**

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.-

PRUEBAS RECAUDADAS:

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

- ❖ Fotocopia de la Cedula de ciudadanía del accionante.-
- ❖ Fotocopia de la Cedula de ciudadanía del agente oficioso.-
- ❖ Fotocopia de historia clínica.-
- ❖ 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.-

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

LEGITIMACIÓN ACTIVA:

Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

A su vez, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que el recurso de amparo podrá ser ejercido por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien podrá actuar:

1. A nombre propio
2. A través de un Representante Legal
3. Por medio de apoderado judicial
4. Mediante un agente oficioso.

Con respecto a este último, la citada norma dispone que *“se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos **no esté en condiciones de promover su propia defensa**. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”*

De acuerdo con lo anterior, la agencia oficiosa es una figura de carácter excepcional, en la medida en que requiere que se presente **una circunstancia de indefensión o impedimento del afectado que le imposibilite recurrir a los mecanismos existentes para buscar por sí mismo la protección de sus derechos.**-

Sobre este punto, en la **Sentencia T-029 de 2016**, se indicó que: *“La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son señora es de edad; **personas de la tercera edad**; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; **individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial**; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales”*.

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional establece que son elementos necesarios para que opere la figura de la agencia oficiosa en el ejercicio de la acción de tutela, los siguientes:

1. *Que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro;*
2. *Que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular”*.-

En el caso particular que ocupa al Despacho, se observa que la accionante no es la titular de los derechos fundamentales invocados, ni actúa como apoderada judicial del señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES**.- No obstante lo anterior, del texto de la acción de tutela presentado se puede observar que la señora **AMELIA LEIVA BELLO** indicó que actúa en representación de su esposo **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** y que es la encargada de brindarle los cuidados y manutención al mencionado señor, por lo que se cumple el primer requisito enunciado anteriormente, en la medida en que se puede inferir de manera razonable a partir del material probatorio que la señora **AMELIA LEIVA BELLO** obra en calidad de agente oficioso de su esposo en el caso concreto. A su vez, se identifica plenamente al sujeto agenciado.-

Igualmente, a partir de los documentos que reposan en el expediente de tutela original, así como en virtud de las manifestaciones y pruebas aportadas por la accionante en el trámite de tutela, encuentra este Juzgado que el señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** no pudo actuar personalmente en defensa de sus intereses, teniendo en cuenta que es una persona que padece de **DISMINUCIÓN AUDICIÓN OIDO IZQUIERDO OTORREA, PERFORACIÓN TIMPÁNICA, ESCURRIMIENTO POSTERIOR, ESTORNUDOS FRECUENTES, CEFALEA, DOLOR EN SENOS PARANASALES PERFORACIÓN MEMBRANA TIMPÁNICA**.- En esa medida, se cumple el segundo requisito para la configuración de la agencia oficiosa, pues se evidencia que la agenciada no está en condiciones físicas que le permitan promover su propia defensa.-

Por todo lo anterior, se reconoce que la señora **AMELIA LEIVA BELLO** está **legitimada por activa para representar los intereses del titular de los derechos fundamentales invocados**, en el marco del trámite del amparo solicitado.-

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 **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES**, 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 después de que la accionante obtuviera respuesta negativa de la **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 **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** es un sujeto de especial protección constitucional, en razón a su diagnóstico y de sus condiciones socioeconómicas, por lo que la intervención oportuna del juez constitucional es pertinente.-

CONSIDERACIONES

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD:

El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, el cual debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad, a todas las personas, siguiendo el principio de solidaridad, eficiencia y universalidad. Se encuentra regulado principalmente en los artículos 48 y 49 Superior, en la Ley Estatutaria Ley 1751 de 2015 y en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011.-

Según la Ley Estatutaria 1751 de 2015, artículo 6º, dicha garantía constitucional comprende diferentes elementos y principios que guían la prestación del servicio, entre estos, los de accesibilidad, según el cual los servicios prestados deben ser accesibles física y económicamente para todos en condiciones de igualdad y sin discriminación (Literal c); continuidad, implica que una vez se haya iniciado la prestación de un servicio, *"este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas"* (Literal d); y oportunidad, que exige la no dilación en el tratamiento (Literal e).

1.- EL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD

Según el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el principio de integralidad, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con *“independencia del origen de la enfermedad o condición de salud”*. En concordancia, no puede *“fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”*. Bajo ese entendido, ante la duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud *“cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”*.-

En concordancia, la Sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual se realizó el control de constitucionalidad a la Ley 1751 de 2015, determinó que el contenido del artículo 8° implica que *“en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de aquellos cubiertos por el Estado, esta se decanta a favor del derecho”* y cualquier incertidumbre se debe resolver en favor de quien lo solicita. En concordancia, el tratamiento integral implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud suministrando *“todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”*. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir *“prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”*.-

Es importante precisar que en el proyecto de la Ley Estatutaria el mencionado artículo 8° contenía un párrafo, según el cual se definía como tecnología o servicio de salud aquello *“directamente relacionado”* con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Mediante la Sentencia C-313 de 2014 se estudió esta disposición, se puso de presente que en criterio de algunos intervinientes esta podría *“comprometer la prestación de servicios usualmente discutidos en sede de tutela”*, entre estos el *“financiamiento de transporte”*. Al respecto, la Corte señaló que, en efecto, implicaba una limitación indeterminada de acceso, en contradicción con los artículos 2° y 49 Superiores y, por consiguiente, la declaró inexecutable.

En concordancia, recientemente en las Sentencias T-171 de 2018 y T-010 de 2019 se precisó que el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. Así como para garantizar el acceso efectivo.-

En esa medida se ha precisado que el Sistema de Seguridad Social en Salud, según el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, se estructura bajo el concepto de integralidad, que incluye la promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. Sin embargo, no se encuentran cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud aquellas tecnologías y prestaciones excluidas expresamente por el Ministerio de Salud y Protección Social, previo el procedimiento técnico-científico señalado en el mencionado artículo. Debe precisarse que las *exclusiones* son únicamente las determinadas por dicha cartera ministerial en las listas que emite, las cuales tienen un carácter taxativo y, en concordancia con el principio de integralidad, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva y, a la inversa, la interpretación y aplicación de las listas de *inclusiones* tienen que ser amplias.-

Cabe destacar que cuando se trata de prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, pero que tampoco se encuentran expresamente excluidas, anteriormente, el sistema garantizaba el acceso a dichos servicios cuando: (i) el médico tratante ordenaba su realización; y, en el régimen subsidiado cuando además de la autorización médica se tuviera la (ii) aprobación del Comité Técnico Científico (CTC).-

Este último requisito, es decir, la aprobación por parte del CTC fue eliminado mediante la Resolución 2438 de 2018 (el término para cumplir esa disposición, inicialmente, fue el 1º de enero de 2019, plazo ampliado, por medio de la Resolución 5871 de 2018, al 1º de abril de 2019). Actualmente, según el artículo 19 de la mencionada Resolución 2438 de 2018, *“(l)as IPS que se encuentren habilitadas de acuerdo con la normativa vigente, deberán conformar una Junta de Profesionales de la Salud en caso de que los profesionales de la salud de su planta de personal prescriban o presten tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios, con el fin de aprobar bajo criterios médicos, técnicos y de pertinencia, únicamente aquellas prescripciones de servicios complementarios, productos de soporte nutricional prescritas en el ámbito ambulatorio o medicamentos de la lista temporal de medicamentos con uso no incluido en registro sanitario en los términos previstos en los artículos 44 y 45 de este acto administrativo”*.-

Puntualmente, según se dispone en el artículo 20 *“(l)a obligatoriedad que tienen las IPS de conformar las Juntas de Profesionales de la Salud, está determinada por la prescripción o prestación de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios, por parte de los profesionales de la salud que conforman su planta o de acuerdo al cumplimiento de las normas de habilitación del SOGCS”*.

2.- EL DIAGNÓSTICO EFECTIVO:

Según la jurisprudencia constitucional, el derecho al diagnóstico deriva del principio de integralidad y consiste en la garantía del paciente 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”*.-

El goce del derecho a la salud depende de un diagnóstico efectivo, el cual implica una valoración oportuna respecto a las dolencias que afecta al paciente, la determinación de la patología y del procedimiento médico a seguir, el cual, una vez iniciado *“no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas”*. En consecuencia, el diagnóstico comprende el punto base para el restablecimiento de la salud del paciente.

En lectura de lo anterior, esta Corporación ha precisado que la finalidad del diagnóstico se compone por tres elementos: (a) identificación: que exige *“(e)stablecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud”*; (b) valoración: que implica *“(d)eterminar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al ‘más alto nivel posible de salud’*; y (c) prescripción, que implica *“(i)nciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente”*.-

EL CUBRIMIENTO DE LOS GASTOS DE TRANSPORTE, ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN PARA EL PACIENTE Y UN ACOMPAÑANTE. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL: TRANSPORTE.

Según la Ley 1751 de 2015, artículo 6º, literal c, *“(l)os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la **accesibilidad física**, la asequibilidad económica y el acceso a la información”* (Resaltado propio). En concordancia, el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, si bien no constituyen servicios médicos, lo cierto es que sí constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.-

Resulta importante diferenciar entre el transporte intermunicipal (traslado entre municipios) e interurbano (dentro del mismo municipio).- En relación con lo primero, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 5857 de 2018-*“Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”*, el cual busca que *“las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el **acceso** a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución”* (Resalta la Sala).-

Bajo ese entendido, dicha Resolución consagró el Título V sobre “transporte o traslado de pacientes”, que en el artículo 120 y 121 establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes por estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), con cargo a la UPC. En términos generales “el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente **se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS**” (Resaltado propio).-

Siguiendo lo anterior, en principio el paciente únicamente está llamado a costear el servicio de transporte cuando no se encuentre en los eventos señalados en la Resolución 5857 de 2018. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que cuando el servicio de transporte se requiera con necesidad y no se cumplan dichas hipótesis, los costos de desplazamiento no se pueden erigir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante. Por consiguiente, “es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando **ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS**” (Negrilla fuera de texto original).

En consideración a lo anterior se han establecido las siguientes subreglas que implican la obligación de acceder a las solicitudes de transporte intermunicipal, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018:

“i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente.-

ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.

iii. - De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.-

En relación con el transporte intermunicipal, esta Corporación ha evidenciado que “no se encuentran incluidos expresamente en el PBS con cargo a la UPC”, por consiguiente, cuando el profesional de la salud advierta su necesidad y verifique el cumplimiento de los requisitos señalados en los anteriores párrafos, deberá tramitarlo a través del procedimiento de recobro correspondiente.-

ALIMENTACIÓN Y ALOJAMIENTO:

La Corte Constitucional reconoce que estos elementos, en principio, no constituyen servicios médicos, en concordancia, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, los gastos de estadía tienen que ser asumidos por él o por su familia. No obstante, teniendo en consideración que no resulta posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, excepcionalmente, esta Corporación ha ordenado su financiamiento.-

Para ello, se han retomado por analogía las subreglas construidas en relación con el servicio de transporte. Esto es,

(i) se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos;

(ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y

(iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige “más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento”.-

TRANSPORTE, ALIMENTACIÓN Y ALOJAMIENTO PARA UN ACOMPAÑANTE:

En algunas ocasiones el paciente necesita un acompañante para recibir el tratamiento médico. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando (i) se constate que el usuario es *“totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”*; (ii) requiere de atención *“permanente”* para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado.-

FALTA DE CAPACIDAD ECONÓMICA:

En relación con el requisito consistente en demostrar la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte para un acompañante debe precisarse que la ausencia de capacidad financiera puede constatare con los elementos allegados al expediente, cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho pero, en caso de guardar silencio, la afirmación del paciente se entiende probada y, puntualmente, respecto de las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud mediante el Régimen Subsanoado o inscritas en el SISBEN *“hay presunción de incapacidad económica (...) teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”*.-

FINANCIACIÓN.

Según la Resolución 5857 de 2018, artículo 121 *“(e)l servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención descrita en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica”*. Por consiguiente, el traslado de pacientes ambulatorios desde su lugar de residencia hasta el lugar de atención está incluido en el PBS, *“con cargo a la prima adicional por dispersión establecida sobre la unidad de pago por capitación para algunas zonas geográficas”*.-

La prima adicional es *“un valor destinado a los departamentos y regiones en los cuales por haber menor densidad poblacional se generan sobrecostos en la atención, entre otras razones, por el traslado de pacientes. De tal forma, en esas áreas geográficas no se cuenta con la totalidad de red prestadora especializada, ni de alto nivel de complejidad, por tanto, la necesidad de traslado a otro centro urbano donde se cubran estos servicios motiva la asignación de un pago adicional por parte del Estado”*. En razón de lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado que:

“Se infiere que las zonas que no son objeto de prima por dispersión, cuentan con la totalidad de infraestructura y personal humano para la atención en salud integral que requiera todo usuario, por consiguiente, no se debería necesitar trasladarlo a otro lugar donde le sean suministradas las prestaciones pertinentes. En tal contexto (...) se presume que en el domicilio del usuario existe la capacidad para atender a la persona, pues, en caso contrario, es responsabilidad directa de la EPS velar por que se garantice la asistencia médica” (Resalta la Sala).

Bajo ese entendido, esta Corporación ha establecido dos subreglas: (i) *“en las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro”*; (ii) *“en los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagarán por la unidad de pago por capitación básica”*.- Estas mismas subreglas se aplican a los viáticos, teniendo en consideración que son necesarios por iguales razones del traslado. Puntualmente, se ha precisado que *“tanto el transporte como los viáticos serán cubiertos por la prima adicional en áreas donde se reconozca este concepto; sin embargo, en los lugares en los que no se destine dicho rubro se pagarán con la UPC básica”*.-

TRATAMIENTO INTEGRAL. CONDICIONES PARA ACCEDER A LA PRETENSIÓN

El tratamiento integral tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante. *“Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”*. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en *“asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes”*.

Por lo general, se ordena cuando:

- (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando
- (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas
- (iii) personas que *“exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”*.

El juez constitucional en estos casos debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; lo contrario implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior.-

EL CUBRIMIENTO DE LOS GASTOS DE TRANSPORTE POR PARTE DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL:

Si bien es cierto el servicio de transporte no tiene la naturaleza de auxilio médico, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal han considerado que, en determinadas ocasiones, dicha asistencia guarda una estrecha relación con las garantías propias del derecho fundamental a la salud, razón por la cual surge la necesidad de disponer su prestación.-

En desarrollo del anterior planteamiento, 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 se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre en ambulancia básica o medicalizada 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. Así mismo, el **artículo 121** de la misma resolución se refiere al transporte ambulatorio del paciente a través de un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención descrita en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado.-

Sobre el particular, la Corte ha sostenido que 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, le corresponde a la EPS cubrir el servicio. Ello, en procura de evitar los posibles perjuicios que se pueden llegar a generar como consecuencia de un obstáculo en el acceso al derecho fundamental a la salud.-

Respecto de este tipo de situaciones, la jurisprudencia constitucional ha condicionado la obligación de transporte por parte de la EPS, al cumplimiento de los siguientes requisitos:

“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” (resaltado fuera del texto original).

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, en relación al tema del transporte se pueden presentar casos en los que el paciente necesita de alguien que lo acompañe a recibir el servicio, como es el caso de las personas de edad avanzada, de las niñas, niños y adolescentes, de las **personas en condición de discapacidad o que el tratamiento requerido causa un gran impacto en la condición de salud de la persona**. Para estos casos, la Corte ha encontrado que *“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 cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”* la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante.-

En conclusión, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el PBS, existen otras circunstancias en que, a pesar de encontrarse excluidos, el traslado se torna de vital importancia para poder garantizar la salud de la persona, como sería el caso de los acompañantes.-

Por este motivo la Corte ha considerado que el juez de tutela debe analizar la situación en concreto y determinar si a partir de la carencia de recursos económicos tanto del paciente, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, se le debe imponer a la EPS la obligación de cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de eliminar las barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud.-

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

Inicia este Despacho por reiterar que la acción de tutela bajo estudio es procedente, puesto que como se explicó en la parte considerativa de esta providencia, la persona que reclama su derecho es *sujeto de especial protección constitucional* por vía de enfermedad, circunstancias que lo colocan en una posición de debilidad manifiesta, motivo por el cual, este Juzgado ha reconocido que los requisitos para que proceda la acción constitucional deben flexibilizarse con el fin de analizarse el caso planteado para determinar si es viable el amparo de los derechos solicitados. Así las cosas, procede este Despacho a resolver el caso concreto.-

El señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** que padece de **DISMINUCIÓN AUDICIÓN OIDO IZQUIERDO OTORREA, PERFORACIÓN TIMPÁNICA, ESCURRIMIENTO POSTERIOR, ESTORNUDOS FRECUENTES, CEFALEA, DOLOR EN SENOS PARANASALES PERFORACIÓN MEMBRANA TIMPÁNICA**, solicitó ante el juez de tutela la protección de sus **DERECHOS A LA SALUD, A LA VIDA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL**, los cuales fueron presuntamente vulnerados por **NUEVA E.P.S.**, al omitir dar respuesta respecto a los gastos para el traslados para **ASISTIR A CITAS MEDICAS DE CONTROL** autorizadas para ser realizadas en una IPS de la ciudad de Barranquilla , siendo que el paciente reside en Pelaya-Cesar.-

A partir de las pruebas allegadas al proceso, este Despacho encontró probados los siguientes hechos:

1. **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** de 37 años, padece de **DISMINUCIÓN AUDICIÓN OIDO IZQUIERDO OTORREA, PERFORACIÓN TIMPÁNICA, ESCURRIMIENTO POSTERIOR, ESTORNUDOS FRECUENTES, CEFALEA, DOLOR EN SENOS PARANASALES PERFORACIÓN MEMBRANA TIMPÁNICA.-**
2. Se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud.-
3. Como consecuencia de su patología, el médico tratante de **NUEVA E.P.S.** le ordenó **ASISTIR A CITAS MEDICAS DE CONTROL POR ONCOLOGIA** autorizadas para ser realizadas en la ciudad de Barranquilla .-
4. El paciente tiene su lugar de residencia en Pelaya-Cesar.-

El caso concreto gira en torno a si la entidad la **NUEVA E.P.S.** vulneró el derecho fundamental de acceso a la salud del señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** que tiene padecimientos de **DISMINUCIÓN AUDICIÓN OIDO IZQUIERDO OTORREA, PERFORACIÓN TIMPÁNICA, ESCURRIMIENTO POSTERIOR, ESTORNUDOS FRECUENTES, CEFALEA, DOLOR EN SENOS PARANASALES PERFORACIÓN MEMBRANA TIMPÁNICA**, ante la falta de prestación del servicio ordenadas y autorizadas o, en su defecto, a cubrir los gastos de transporte (paciente y acompañante) a la ciudad de Barranquilla o donde sean autorizadas, para que pueda asistir a las mismas.-

En consecuencia, este Despacho deberá establecer si la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales del señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** al no autorizar el transporte requerido. Para ello, se procederá a realizar un breve análisis respecto de la procedencia de la solicitud de la actora, a la luz del Plan de Beneficios en Salud.-

Respecto del servicio de transporte. Es preciso empezar por advertir que de la lectura de las Resoluciones 5267 y 5269 de 2017 y de la Resolución 0046 de 2018 expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social- se puede sostener que las prestaciones derivadas del servicio de salud, se dividen en tres grandes categorías: i) servicios y tecnologías que se encuentran incluidos expresamente en el PBS, ii) servicios y tecnologías que están taxativamente excluidos del PBS, y iii) servicios y tecnologías que no se encuentran incluidos pero que tampoco han sido excluidos del PBS.

Finalmente, en cuanto a la autorización del servicio de transporte al señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** y su acompañante, es preciso señalar que en tanto el mismo no se encuentra excluido del Plan de Beneficios en Salud, debe entenderse incluido. No obstante, actualmente su prestación se encuentra regulada por los artículos 120 y 121 de la *Resolución No. 5269 de 2017*, en los cuales se establece que el servicio de transporte en ambulancia debe correr a cargo de la EPS en dos circunstancias específicas, a saber: **(i)** cuando se presenten patologías de urgencia o **(ii)** cuando el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir la atención. Así mismo, se precisó que el transporte en un medio diferente a la ambulancia podrá, igualmente, ser autorizado por la EPS cuando se requiera acceder a una atención en salud que tenga lugar en un municipio distinto a la residencia del paciente.-

Así, aun cuando el servicio de transporte no se encuentra excluido del PBS, su accesibilidad está condicionada al cumplimiento de los presupuestos antes enunciados, de manera que, en los casos en que la situación fáctica bajo análisis no se enmarque dentro de los mismos, el cargo de la prestación no le corresponde ser asumida directamente a la EPS.

Como ya se advirtió, la Corte ha señalado que si bien el servicio de transporte no tiene propiamente la naturaleza de prestación médica, existen circunstancias en las cuales la falta del mismo afecta las garantías propias del derecho fundamental a la salud. De este modo, ha considerado que le corresponde al juez constitucional analizar la situación en concreto y determinar si a partir de la carencia de recursos económicos tanto del paciente, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, se le debe imponer a la EPS la obligación de cubrir los gastos de transporte.-

En el caso objeto de estudio, se advierte que de las pruebas que obran en el expediente se pudo establecer que el domicilio del señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** es el municipio de Pelaya -Cesar y de acuerdo con la información suministrada para **ASISTIR A CITAS MEDICAS DE CONTROL POR OTORRINOLARINGOLOGÍA** autorizadas para ser realizadas en la ciudad de Barranquilla.- Con lo cual, entiende este Juzgado que el accionante solicita el servicio de transporte para ser trasladado desde su lugar de residencia hasta Barranquilla, lugar donde la entidad **NUEVA E.P.S.** le presta los servicios de atención médica que requiere o hasta otro municipio donde se remite, si así sucede.-

Ahora bien, en consonancia con las normas que regulan la materia, para este Juzgado es claro que no existe razón alguna para que la EPS-S no proceda a autorizar el transporte para la mencionada señora y su acompañante. Todo esto, en consideración a que la atención en salud de la paciente tiene lugar en un municipio distinto al de su residencia, hecho que da lugar a un traslado, donde se hace imperioso el uso de un vehículo, máxime si se toma en consideración el estado de salud en el que se encuentra el paciente y su nivel de dependencia en relación con su acompañante.

Adicionalmente, este Despacho encuentra que se cumplen con los presupuestos desarrollados para imponerle a la demandada NUEVA E.P.S. la obligación de asumir los gastos de transporte de la demandante.-

Lo anterior, por cuanto:

1. Como ya se explicó, el paciente no se encuentra en condiciones económicas que le permitan asumir los costos que se puedan generar para trasladar a su hijo desde Pelaya hasta Barranquilla - Santander.-
2. Además, la paciente por su estado de salud depende de la atención permanente de su madre para garantizar su integridad física, por lo que proceden los gastos de transporte para el acompañante que en principio- no están cubiertos; y
3. La falta de acceso a este servicio podría afectar las condiciones de salud e integridad física de la señora, como quiera que no podría asistir a las **CITAS MEDICAS DE CONTROL POR OTORRINOLARINGOLOGÍA**, prescritas para el tratamiento adecuado de su enfermedad.-

Por lo anterior, este Despacho procederá a ordenarle a **NUEVA E.P.S.** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, cubra los gastos de transporte para trasladarse para **ASISTIR A CITAS MEDICAS DE CONTROL POR OTORRINOLARINGOLOGÍA**, a la ciudad de Barranquilla o a otra ciudad donde deba practicarse la atención médica, autorizadas al señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES**, junto con su acompañante.-

De otra parte teniendo en cuenta las Resoluciones 205 y 206 de 2020; por medio de las cuales el Ministerio de Salud suprimió los recobros de las EPS y les fijó un techo presupuestal a las Entidades Promotoras de Salud con el fin de que directamente cubran los servicios médicos y medicamentos no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC); este Despacho se abstendrá de facultar a **NUEVA EPS** para que realice recobro alguno en razón de los gastos en que pueda incurrir en cumplimiento de la presente orden judicial.-

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 PROMISCO MU 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 **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES**, presuntamente vulnerados por **NUEVA E.P.S.** según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.-

SEGUNDO: ORDÉNAR al gerente de **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 **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES** y con cargo a esa EPS el suministro::

- **CITAS MEDICAS**
- **MEDICAMENTOS POS Y NO POS**
- **PROCEDIMIENTOS QUIRURGICOS**
- **ESTUDIOS MEDICOS ESPECIALIZADO**
- **PRACTICA DE CIRUGÍA DEL OÍDO IZQUIERDO.-**
- **SUMINISTRO DE 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.-**
- **SUMINISTRO DE GASTOS DE TRANSPORTE 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 **NUEVA E.P.S.** que la **PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD SEA DE MANERA RAPIDA Y SIN DILACIONES.-**

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

QUINTO: ABSTENERSE DE FACULTAR a **NUEVA EPS** para que realice recobro alguno en razón de los gastos en que pueda incurrir en cumplimiento de la presente orden judicial, teniendo en cuenta las Resoluciones 205 y 206 de 2020, por medio de las cuales el Ministerio de Salud suprimió los recobros de las EPS.-

SEXTO: DECLARAR que la **SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR**, no ha vulnerado los derechos fundamentales al señor **GEINER DAVID ASCANIO CAÑIZARES**, de acuerdo a los hechos antes señalados.-

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

OCTAVO: 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.-

NOVENO: ORDENAR que se expidan fotocopias de este Fallo a las partes que lo requieran, con constancia de ejecutoria formal y expedir certificación de la fecha cuando sea remitida a la Corte Constitucional para su eventual revisión a sus costas.-

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:
f49c170805b18ca4779a638e0f4d625cd679a6ba032a0654a349149936592bc5
Documento generado en 25/01/2021 09:16:02 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>