



**REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA
JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL
DE PUEBLOVIEJO MAGDALENA**

Puebloviejo, Magdalena, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2.020).

Expediente: 47-570-40-89-001-2020-00140-00

Actor: ANDRÉS DAVID GARCÍA PEREA.

Demandado: NUEVA EPS

Acción: TUTELA - PRIMERA INSTANCIA.

SENTENCIA - 2020

I.- OBJETO A DECIDIR.

Procede el juzgado a proferir **sentencia de primera instancia** dentro de la **acción de tutela** instaurada por ANDRÉS DAVID GARCÍA PEREA, con C.C. No.1.082.413.715 en contra de la NUEVA EPS y el MUNICIPIO DE PUEBLOVIEJO, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la SALUD en conexidad con la vida.

II.- ANTECEDENTES.

2.1. La demanda.

La parte actora manifiesta que nació con una malformación congénita del aparato urinario consistente en una uropatía obstructiva secundaria a válvulas uretrales.

Que se le diagnosticó insuficiencia renal crónica y se le viene realizando diálisis, pero tiene que desplazarse a la ciudad de Santa Marta.

Que no posea recursos económicos para desplazarse a otra ciudad, que su madre es quien le sustenta sus gastos y en la actualidad no recibe sueldo lo que hace difícil acceder al tratamiento.

Es por ello que solicita los gastos de transportes y alojamiento para él y su acompañante.

Que uno de sus riñones dejó de funcionar y el otro no funciona correctamente.

Que la EPS le manifestó que no era procedente lo solicitado.

2.2.- ACTUACIONES PROCESALES

Siendo radicada en este Despacho, se procedió admitirla mediante auto del 11 de noviembre de 2020 y se procedió a notificar. Así mismo se vinculó a la Secretaría de Salud Municipal de Pueblo Viejo y a la de Salud del Magdalena.- Se requirió el aporte de la historia clínica y la manifestación del juramento, situación que fue subsanada y aportada en la tutela.

2.2.1. RESPUESTA DEL MUNICIPIO DE PUEBLOVIEJO MAGDALENA.

La Oficina jurídica manifiesta *“que la salud en el municipio NO SE ENCUENTRA CERTIFICADA por consiguiente es manejada por el Departamento, lo que conlleva que los*

recursos para esta en el presupuesto municipal se encuentra sin situación de fondo, es decir no maneja recursos”.

2.2.2. RESPUESTA DE LA SECRETARIA DE SALUD DEL MAGDALENA.

La SECRETARIA DE SALUD por medio de un profesional especializado, recorrió el traslado concluyendo *debe el honorable juez amparar los derechos fundamentales del accionante a la salud y vida digna, declarando la procedencia y prosperidad de las pretensiones solicitadas en la acción de tutela en contra de la NUEVA EPS., en cuanto debe conceder sin dilaciones o retardos administrativos injustificados los servicios médicos y demás tramites que requiera la parte actora para evitar que se vulneren los derechos del accionante.*

2.2.3. RESPUESTA DE LA NUEVA EPS.

Nos manifiesta que la NUEVA EPS S.A., asume todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido el usuario desde el momento mismo de su afiliación.

Que la EPS presta los servicios de salud dentro de su red de prestadores y de acuerdo con lo ordenado en la resolución 3512 de 2019.

Que la autorización de medicamentos y/o tecnologías de la salud no contemplados en el plan de beneficios en salud, se autorizan siempre y cuando sean ordenados por médicos pertenecientes a la red de nueva EPS.

Que en cuanto al servicio de transporte solicitado, debe decirse que el lugar de residencia de la paciente no se encuentra en el listado de municipios corregimientos departamentales a los que se le reconoce prima adicional (diferencia), por zona especial de dispersión geográfica y a los cuales la EPS no está en la obligación de costear el transporte.

3. CONSIDERACIONES.

3.1.- La competencia.

El juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela en **PRIMERA INSTANCIA**, según lo establecido por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

También, el Decreto 1983 del 2017¹ dispuso sobre la **competencia para conocer de las acciones de tutela**, en su artículo 1º:

“Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas: ...

3.2.- Problema Jurídico.

El juzgado definirá si ¿La nueva EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida del accionante? ¿Si es deber de la NUEVA EPS suministrar viáticos a su paciente que le prestan sus servicios en un municipio diferente a su domicilio?

¹ Decreto 1983 del 2017 "Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela".

A efecto de dar solución al problema jurídico se abordarán los siguientes temas: (I) Procedencia de la acción de tutela y el derecho a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana (II) la historia clínica dentro de una acción de tutela (III) Los transportes y viáticos .

(I) Procedencia de la acción de Tutela y el derecho a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana.

Según lo establece el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, toda persona podrá incoar la acción de tutela para reclamar ante los Jueces de la República la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la Ley, y procede solo cuando el afectado no dispone de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De lo dicho se tiene que esta acción tiene particularidades esenciales, como son:

- Está instituida para la protección de derechos fundamentales.
- Subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que busque evitar un perjuicio irremediable.
- Inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata, procedente cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

Según el artículo 2 de la ley 1751 de 2015, el **derecho a la salud**, tiene una naturaleza autónoma y Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

En la sentencia 171 de 2018, la corte nos dijo lo siguiente: “(...)

La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado

de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurando el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución.

Menciona la corte constitucional que *la salud como derecho fundamental autónomo, tiene sus fundamentos en la sentencia T-760 de 2008, en la que se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.*

Para la Corte *“la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y*

justiciable mediante acción de tutela”.

Dentro de la referencia a los instrumentos internacionales como bloque de constitucionalidad: **la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) jugo un aspecto importante.**

(...) la salud como derecho del ser humano, destaca de forma especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su artículo 12 que establece el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, así como el profundo desarrollo que hace de este artículo la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).

(...)

En ella, el Comité establece de manera clara y categórica que la salud “*es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos*”. En referencia al contenido normativo, señala que una parte esencial del derecho es la existencia de “*un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud*”. Es decir, para el CDESC la salud es un derecho humano elemental e irrenunciable cuya efectiva realización está ligada a la existencia de un sistema de protección a cargo del Estado. Por ello, la salud es entendida también como “*un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud*”.

La Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de Salud, establece en el artículo 6 el principio pro homine, consistente en la interpretación más favorable a las normas vigentes en la protección del derecho fundamental a la salud.

Así mismo en el artículo 8 indica que los servicios de salud deben prestarse de manera completa. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación del servicio y en caso de duda sobre su alcance se entenderá que comprende todos los elementos esenciales según la necesidad específica de salud diagnosticada.

A su vez el artículo 11 registra a los niños, niñas o adolescentes como sujetos de especial protección y sus servicios médicos no deben estar limitados por ningún tipo de restricción administrativa o económica.

En cuanto al diagnóstico médico la sentencia 171 de 2018, expresó:

“El diagnóstico médico: elemento esencial del derecho fundamental a la salud.

En efecto, la posibilidad de un paciente de obtener por parte de un profesional médico una valoración integral que determine los servicios de salud necesarios para el tratamiento de su patología es un presupuesto elemental en la protección del derecho a la salud.

El artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 establece los derechos y deberes de las personas en relación con el servicio de salud. El derecho al diagnóstico, además de ser reconocido por la jurisprudencia como elemento integrante del derecho a la salud, también encuentra un reconocimiento normativo en los literales a), c) y d) del mencionado artículo. En ellos se estipula el derecho a obtener una atención en salud integral, oportuna y de alta calidad; a mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante y, a su vez, a obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud sobre el tratamiento y los procedimientos a seguir. Estos literales integran el concepto de derecho al diagnóstico que ha sido precisado por la jurisprudencia como “*una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere*”.

En este sentido, la Corte ha venido desarrollando el contenido del diagnóstico médico y lo ha

dividido en tres momentos principales: identificación, valoración y prescripción, a saber:

“La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso, quienes, prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente”.

El diagnóstico efectivo es entonces derecho a que el profesional médico adelante una apreciación de la patología del paciente con fundamento en su conocimiento científico y los hallazgos particulares del caso, y ordene las conductas a seguir y la decisión terapéutica. De esta manera, es claro que el criterio científico cobra absoluta trascendencia para el sistema de salud en concordancia con los principios de integralidad, sostenibilidad y eficiencia, entre otros. La opinión del profesional médico supera cualquier otra apreciación sobre las necesidades del paciente respecto a su condición. En ese sentido, garantizar el derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho fundamental a la salud hace parte del procedimiento idóneo para asegurar la efectiva recuperación del paciente.

Es entonces a partir del diagnóstico –cuyo desarrollo incluye la orden médica ulterior– que se pueden trazar los límites y racionalizar la prestación integral del servicio de salud. El criterio del médico cobra plena trascendencia para el sistema pues es el fundamento científico de los servicios y tecnologías que deben ser suministrados al paciente para lograr su efectivo restablecimiento. Por esta razón cobra sentido reiterar lo señalado por la Corte Constitucional en anteriores pronunciamientos cuando explica que,

“[L]os jueces carecen del conocimiento adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, [un juez] podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos, [servicios o tecnologías complementarias] que son ineficientes respecto de la patología del paciente (...) lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos”.

En consecuencia, si no se hace presente la existencia de un hecho notorio dentro del proceso que a todas luces sugiera la necesidad del paciente de un determinado insumo, el juez constitucional está sujeto al diagnóstico del médico tratante en relación con la prescripción de servicios y tecnologías en salud. El tratamiento idóneo y eficaz en materia de salud se da en el marco de la relación entre el médico y el paciente. Es el profesional de la salud, por su conocimiento científico y contacto directo con el caso, el llamado en primer lugar a establecer el tratamiento más eficaz de la enfermedad, así como los servicios y tecnologías necesarios para garantizar el bienestar del paciente. De esta forma, lo que configura la principal fuente de vulneración del derecho a la salud de una persona es la ausencia de un diagnóstico clínico efectivo e integral.

Solamente cuando del material probatorio se pueda encontrar que de manera notoria el paciente requiere el uso de servicios y tecnologías, el juez constitucional puede ordenar la prestación de la atención que resulte necesaria con el fin de generar condiciones de existencia acordes con la dignidad humana del paciente. De lo contrario, debe ser la entidad prestadora del servicio de salud a través de sus profesionales quien determinará con precisión y suficiencia, de conformidad con un diagnóstico efectivo integral, las necesidades en materia de salud del paciente. (...)”

(II) La historia clínica. -

Nos dice el artículo 34 de la ley 23 de 1981, que la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente.

En la sentencia T-182 de 2009, la corte dijo:

“La historia clínica es un documento en el que consta una relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos acerca de los aspectos físicos, psíquicos y sociales del paciente. En ella, además, deben obrar no solo los antecedentes del paciente y su estado actual, sino también la actividad médica relativa a su salud, todos los actos de diagnóstico, estudios, tratamientos quirúrgicos y terapéuticos, entre otros.”

De manera que la historia clínica es un documento en el que se registra el estado de salud del paciente, la cual debe ser llenada de manera clara por los médicos tratante, y no por el usuario.

(III) TRANSPORTES Y VIÁTICOS.

La Corte Constitucional en la sentencia T-259 de 2019, determinó una subreglas en los asuntos de transporte y viáticos, de la siguiente manera:

“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”.

Pero también, nos dice la Corte Constitucional que en los municipios donde no exista la prima por dispersión, si en el municipio no existe la infraestructura, es responsabilidad de la EPS, asumir los gastos de transportes, nos dice:

“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).”

IV.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Dentro del expediente se concluye que la parte actora presentó tutela en razón que la NUEVA EPS no le autoriza los transportes y los viáticos del joven y su acompañante para la práctica de los procedimientos médicos en un municipio distinto en donde reside.

Este despacho al admitir la tutela requirió al ente accionado solicitando explicaciones sobre los motivos que le han impedido SUMINISTRAR LOS TRANSPORTES Y VIÁTICOS al paciente ANDRÉS DAVID GARCIA PEREA. -

En el escrito de contestación de tutela, la NUEVA EPS, nos expresa:

Que asume todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido el usuario desde el momento mismo de su afiliación.

Que la EPS presta los servicios de salud dentro de su red de prestadores y de acuerdo con lo ordenado en la resolución 3512 de 2019.

Que la autorización de medicamentos y/o tecnologías de la salud no contemplados en el plan de beneficios en salud, se autorizan siempre y cuando sean ordenados por médicos pertenecientes a la red de nueva EPS.

Que en cuanto al servicio de transporte solicitado, debe decirse que el lugar de residencia de la paciente no se encuentra en el listado de municipios corregimientos departamentales a los que se le reconoce prima adicional (diferencia), por zona especial de dispersión geográfica y a los cuales la EPS no está en la obligación de costear el transporte.

A su vez la SECRETARIA DE SALUD nos indica que *el honorable juez debe amparar los derechos fundamentales del accionante a la salud y vida digna, declarando la procedencia y prosperidad de las pretensiones solicitadas en la acción de tutela en contra de la NUEVA EPS., en cuanto debe conceder sin dilaciones o retardos administrativos injustificados los servicios médicos y demás tramites que requiera la parte actora para evitar que se vulneren los derechos del accionante.*

Y la secretaria de salud municipal, nos expresa que no son un municipio certificado y que no tienen fondos para sufragar los gastos.

Al analizarse el acervo probatorio aportado por la tutela y la contestación, nos damos cuenta que la historia clínica aportada registra un diagnóstico por INSUFICIENCIA CRÓNICA y tiene una malformación congénita del aparato urinario y se solicita valoración por cirugía de cabeza y cuello y por grupo de trasplante renal y se solicita valoración pretrasplante, tratamiento que se le está realizando en Santa Marta y además el joven pertenece a la población de jóvenes vulnerables rurales, según se indica en la historia clínica.

Es decir, las órdenes médicas existen, están dadas, tal como se registra en la historia clínica y las órdenes médicas específicas, documentos que anotan el estado de salud y diagnóstico de los médicos tratantes. -

El paciente ANDRÉS DAVID GARCIA PEREA, es una persona que pertenece a grupo poblacional de jóvenes vulnerables rurales, y que por su malformación congénita del aparato urinario con diálisis programadas y en espera de un donante, lo ubica en circunstancias de un sujeto de especial protección en condición de discapacidad, según el artículo 11 de la ley 1751 de 2015, según la historia clínica su situación es grave y amerita una atención integral a su patología.

Muy a pesar que la NUEVA EPS informa que está cumpliendo con las ordenes médicas, pero se abstiene de suministrar transportes y viáticos en razón que no existe UPC que lo obligue.

No obstante, con la historia clínica se pudo constatar que el JOVEN está siendo tratado en un centro de salud ubicado en Santa Marta, municipio distinto a donde reside con su madre, este hecho nos permite, indicar que la NUEVA EPS debe asumir los transportes y viáticos por estar prestándose los servicios de salud en un municipio distinto a su lugar de residencia, aunado a que estamos ante unas personas que gozan de especial protección por su discapacidad urinaria y la programación de diálisis en espera de un donante. También debemos decir que muy a pesar que se encuentra en el régimen contributivo, es una persona de escasos recursos, y la EPS no demostró lo contrario. Por la afectación a la salud el joven necesita de una persona que lo ayude en su padecimiento y lo acompañe en sus traslados médicos, por la cual la EPS debe asumir los gastos de su acompañante.

Para el cobro de gastos que no debe asumir la EPS, se debe seguir la resolución No.1885 de 2018, y la 205 de 2020 para lo cual la NUEVA EPS debe remitirse a ella en los casos que ameriten el cobro al ADRES o a cuál otra entidad que deba asumir los gastos.

Por lo expuesto, el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE PUEBLOVIEJO MAGDALENA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONCEDER el amparo solicitado por el JOVEN ANDRÉS DAVID GARCIA PEREA con C.C.1.082.413.715 en contra de la NUEVA EPS S.A., según las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. - ORDENAR a la NUEVA EPS S.A., financiar el *transporte y los viáticos* que requieran el accionante ANDRÉS DAVID GARCIA PEREA y su acompañante, cuando la entidad autoricen los servicios en un municipio diferente al de su residencia. La financiación de *alojamiento*, dependerá de que la atención médica en el lugar de remisión exija más de un día de duración y, respecto a los gastos de alimentación, se cubrirán aquellos que se requieran para la manutención en el municipio donde se reciba la correspondiente atención médica durante el tiempo de la estadía.

TERCERO. - ORDENAR a la NUEVA EPS S.A., que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo y en adelante, garantice el tratamiento integral en favor del joven ANDRÉS DAVID GARCIA PEREA. Lo anterior, en procura de que sean prestados los servicios que disponga el médico tratante del accionante en consideración a los mencionados diagnósticos con el fin de lograr la recuperación o estabilización integral de la salud del ACCIONATE.

CUARTO. Notifíquese esta decisión y en caso de no ser impugnada envíese a la Corte Constitucional para su revisión.

Notifíquese y cúmplase.


LUIS ALBERTO SALGADO GAMERO
JUEZ