El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 08 de mayo de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma decisión del *a quo* que concedió el amparo

Radicación Nro. : 66001-31-03-005-2017-00019-01

Accionante: ROSALBA VARGAS MEJÍA

Accionado: NUEVA EPS

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA / PAGO DE TRANSPORTE.** [L]a accionante aduce imposibilidad económica para cubrir el gasto de traslado a las terapias y al tratamiento de hemodiálisis, y que si tuviera que asumirlo, se afectaría su mínimo vital, pues no percibe pensión alguna (fl. 3 ib.), lo que permite presumir que no cuenta con los recursos suficientes para sufragar los costos que implica el traslado a las atenciones médicas necesarias ordenadas por los médicos tratantes, desde su sitio de residencia en esta ciudad hasta las instituciones a donde debe acudir, sin que la EPS aportara prueba alguna, en torno a controvertir la insuficiente capacidad económica de la actora, salvo el registro de su ingreso base de cotización. Si bien es cierto que los artículos 126 y 127 de la Resolución 5592 de 2015, reconocen circunstancias específicas en las cuales las EPS están obligadas a prestar el servicio de transporte de pacientes desde su residencia hasta la IPS que presta el servicio de salud, no puede desconocerse que en situaciones puntuales como la que aquí se abordó, la carencia del transporte adecuado se constituye como obstáculo para el normal desarrollo del tratamiento de hemodiálisis de la señora ROSALBA VARGAS MEJÍA, situación que en casos similares ha sido reprochada por la Corte Constitucional. Así entonces, considera esta Sala que, al no otorgar a la señora ROSALBA VARGAS MEJÍA, alternativas que eliminen el obstáculo que encuentra por parte de su EPS, al negar el transporte que requiere para asistir al tratamiento de hemodiálisis y demás procedimientos prescritos por su médico tratante, se vulneran sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nº 233 de 08-05-2017

Referencia: 66001-31-03-005-2017-000**19**-01

**I. ASUNTO**

Decide la Sala la impugnación formulada por la NUEVA EPS, frente a la sentencia del 1º de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, en la acción de tutela interpuesta por la señora ROSALBA VARGAS MEJÍA, contra la entidad opugnante.

**II. ANTECEDENTES**

1.La señora ROSALBA VARGAS MEJÍA, promovió el amparo constitucional al considerar que la NUEVA EPS, vulnera sus derechos fundamentales a la salud y vida.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. Padece de insuficiencia renal crónica, dependiente de hemodiálisis desde hace 4 años.

2.2. Cuenta con 75 años de edad y no es pensionada, por lo que si en algún momento no cuenta con los recursos necesarios para trasladarse a las terapias y al tratamiento de hemodiálisis, pone en riesgo su salud y su vida, por lo tanto, el hecho de que la NUEVA EPS no le cubra dicho transporte, se convierte en una barrera para el acceso al sistema de salud.

2.3. Precisa que si tuviera que cubrir los gastos de traslado desde su lugar de residencia hasta la unidad renal y los de regreso, tres veces por semana, se afectaría su mínimo vital.

2.4. Solicita se ordene a la NUEVA EPS autorizar los gastos de transporte para el desplazamiento desde el lugar de su residencia hasta la unidad renal “RTS” y los de regreso, tres veces por semana, así como para asistir a otras citas, procedimientos, controles, etc., tanto para ella como para un acompañante.

3. Correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, quien por auto del 15 de febrero avocó su conocimiento y dispuso su notificación y traslado. (fl. 21 Cd. Ppal.).

3.1. La apoderada judicial de la NUEVA EPS - Regional Eje Cafetero, reconoce que la señora ROSALBA VARGAS MEJÍA es su afiliada. En cuanto al suministro del servicio médico No POS “TRANSPORTE”, indica que la actora tiene la capacidad económica para asumir su costo, teniendo en cuenta su ingreso base de cotización y basándose en el principio de solidaridad aplicado a la seguridad social en salud. Solicita no conceder el amparo y su desvinculación, pues le está prestando oportuna y eficientemente el servicio de salud a la accionante, y declarar que su afiliada cuenta con la capacidad económica para asumir el costo del transporte, servicio excluido del POS; como petición subsidiaria se le faculte para obtener el recobro frente al FOSYGA por la totalidad de los valores que deba sufragar en cumplimiento del fallo de tutela. (fls. 24-38 ib.).

**III. EL FALLO IMPUGNADO**

Culminó la primera instancia con sentencia del 1º de marzo pasado que concedió el amparo invocado. Para decidir así expuso que, la demandante requiere de controles médicos constantes, además de sesiones de hemodiálisis 3 veces por semana y la compañía y apoyo de otra persona, por consiguiente a las luces de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es un sujeto de especial protección dada su situación de indefensión; tampoco probó la entidad accionada que esta tuviese la capacidad económica para asumir ese gasto, no obstante señalar en su respuesta que por el hecho de pagar una cotización mensual, conlleva por sí solo la posibilidad de asumir los costos de traslado. Consideró que, es procedente conceder el transporte del paciente y de un acompañante, toda vez que la ausencia de recursos económicos, manifestación expresa realizada por la accionante, se convierte en una barrera injustificada para el acceso a los servicios médicos necesarios para mejorar la condición de salud de la paciente. (fls. 44-46 ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La NUEVA EPS impugnó el fallo, por negársele la facultad de realizar el recobro ante el FOSYGA por concepto de los servicios de salud no POS ahora no PBS, que se le brinden a la accionante, siendo un derecho que les asiste. Pide “*Adicionar el fallo de tutela de la referencia en el sentido que se otorgue a NUEVA EPS, la facultad de recobro por el 100%, por concepto del medicamento (sic) NO POS ORDENADO EN EL FALLO DE TUTELA*”. (fls. 49-51 ib.).

**V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Esta Corporación es competente para resolver la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió la sentencia de primera instancia.

2. Es suficientemente conocido que la acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares.

3. Por otra parte, el derecho a la salud ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo, que se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física de las personas. Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015, que dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo.

4. Recientemente fue expedida la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y en su artículo 2°, señaló:

*“Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*

*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.”*

**VI. DEL CASO CONCRETO**

1. En abundantes pronunciamientos la Corporación ha dicho que la acción de tutela es un mecanismo singular establecido por la Constitución de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

2. Además, se ha insistido en que la eficacia del amparo reside en que, existiendo certeza de la violación o la amenaza alegada por quien pide la protección, se emita una orden para que la autoridad respecto de la cual se solicita el resguardo, actúe o se abstenga de hacerlo.

3. La funcionaria judicial de primer grado, concedió el amparo reclamado al concluir que la actora es un sujeto de especial protección dada su situación de indefensión; además, porque la entidad accionada no probó que esta tuviese la capacidad económica para asumir los costos del transporte solicitado, lo que se convierte en una barrera injustificada para el acceso a los servicios médicos requeridos. (fls. 44-46 ib.).

4. La NUEVA EPS impugnó el fallo para solicitar se conceda la facultad de realizar el recobro ante el FOSYGA por concepto de los servicios de salud no POS ahora no PBS, que se le brinden a la accionante. (fls. 49-51 ib.).

5. De acuerdo con los documentos aportados con el escrito de tutela, se tiene que la demandante tiene como diagnósticos “DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES RENALES”, “ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, NO ESPECIFICADA”, “HIPERPARATIROIDISMO SECUNDARIO NO CLASIFICADO EN OTRA PARTE”, “HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA)”, “HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO”, e “INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA, NO ESPECIFICADA”, por lo que debe recibir tratamiento de hemodiálisis tres veces por semana. (fls. 15-17 ib.).

6. Aunque inicialmente, el servicio de transporte de pacientes no se encontraba incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, ni en el régimen contributivo ni en el subsidiado, más adelante, en virtud de la garantía de accesibilidad económica, elemento esencial del derecho a la salud, y ante el alto impacto que implica para muchas personas la imposibilidad de cancelar sus transportes y los de su acompañante para acudir a los tratamientos y servicios en salud, el Ministerio de Salud y Protección Social reconoció e incluyó tal prestación a través de las Resoluciones 5261 de 1994, 5521 de 2013 y 5592 de 2015 las cuales definieron, aclararon y actualizaron los contenidos del POS para los regímenes subsidiado y contributivo.[[1]](#footnote-1)

A la luz de lo expuesto, en sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional, afirmó que, *“Si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (…) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en donde habita no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”*.[[2]](#footnote-2)

Con ese criterio, estimó que las EPS y EPS-S deben asumir los gastos de desplazamiento de un acompañante cuando: (i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado. En estos casos se encuentran, precisamente, los menores de edad y las personas en situación de discapacidad o de la tercera edad que padecen restricciones de movilidad.

7. La accionante aduce imposibilidad económica para cubrir el gasto de traslado a las terapias y al tratamiento de hemodiálisis, y que si tuviera que asumirlo, se afectaría su mínimo vital, pues no percibe pensión alguna (fl. 3 ib.), lo que permite presumir que no cuenta con los recursos suficientes para sufragar los costos que implica el traslado a las atenciones médicas necesarias ordenadas por los médicos tratantes, desde su sitio de residencia en esta ciudad hasta las instituciones a donde debe acudir, sin que la EPS aportara prueba alguna, en torno a controvertir la insuficiente capacidad económica de la actora, salvo el registro de su ingreso base de cotización.

8. Si bien es cierto que los artículos 126 y 127 de la Resolución 5592 de 2015, reconocen circunstancias específicas en las cuales las EPS están obligadas a prestar el servicio de transporte de pacientes desde su residencia hasta la IPS que presta el servicio de salud, no puede desconocerse que en situaciones puntuales como la que aquí se abordó, la carencia del transporte adecuado se constituye como obstáculo para el normal desarrollo del tratamiento de hemodiálisis de la señora ROSALBA VARGAS MEJÍA, situación que en casos similares ha sido reprochada por la Corte Constitucional.

9. Así entonces, considera esta Sala que, al no otorgar a la señora ROSALBA VARGAS MEJÍA, alternativas que eliminen el obstáculo que encuentra por parte de su EPS, al negar el transporte que requiere para asistir al tratamiento de hemodiálisis y demás procedimientos prescritos por su médico tratante, se vulneran sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

10. En relación con la orden de recobro solicitada por la EPS accionada, desde que la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-760 de 2008, ha señalado que, *“(ii) no se podrá establecer que en la parte resolutiva del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.”.*

11. En conclusión, en el asunto sometido a estudio ha de decirse que la funcionaria de primer grado acertó al conceder el amparo del derecho a la salud de que es titular la señora ROSALBA VARGAS MEJÍA y el transporte solicitado para esta y un acompañante, para garantizar la prestación de los servicios médicos que exige su estado de salud, así como, al no pronunciarse en lo relacionado con la petición de recobro ante el FOSYGA, decisión que ha de confirmarse.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO**: CONFIRMAR el falloproferido el 1º de marzo de 2017 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, en el trámite de la presente acción de tutela, interpuesta por la señora ROSALBA VARGAS MEJÍA, contra la NUEVA EPS, por lo indicado en la parte motiva.

**SEGUNDO**: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5º. del Decreto 306 de 1992).

**TERCERO**:Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Íd. “En esa medida, se estableció que las EPS y EPS-S debían cubrir los gastos de desplazamientos generados por la remisión de un usuario a un lugar distinto de su residencia en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando se certifica debidamente la urgencia en la atención y (ii) entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, en los eventos en que, por falta de disponibilidad, no se pueda brindar la atención requerida por el paciente en su lugar de residencia.

   De igual forma, es procedente el traslado de pacientes cuando su precario estado de salud lo amerite, es decir, cuando el concepto del médico tratante sea favorable para ello. La movilización del paciente de atención domiciliaria, también se permite si el médico lo prescribe. El traslado de los pacientes ambulatorios, se cubre siempre que se necesite de un tratamiento incluido en el POS y no esté disponible en el lugar de residencia del afiliado, ese cargo será cubierto con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica. También se brinda el transporte cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios a través de urgencias o consulta médica y odontológica no especializada”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ib. [↑](#footnote-ref-2)