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

Providencia: Sentencia del 10 de septiembre de 2020

Radicación Nro.: 66001310500320200015001

Accionante: Gladys Vivian Robledo Gaviria

Accionados: Nueva EPS

Proceso: Acción de Tutela

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

Juzgado de Origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / TRANSPORTE DEL PACIENTE / NO ES UN SERVICIO DE SALUD / PERO PUEDE GENERAR VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL / CAPACIDAD ECONÓMICA DEL ACCIONANTE / FORMA DE PROBARLA / RECOBRO AL FOSYGA / NO ES NECESARIO ORDENARLO JUDICIALMENTE.**

La evolución de dicha garantía fue resumida por esa Corporación, recientemente en la T-094-16, así:

“El derecho a la Salud ha tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de esta Corporación y se ha venido protegiendo vía tutela a través de 3 mecanismos: Al principio, se amparaba debido a la conexidad que tiene con los derechos a la vida digna e integridad personal; luego, fue reconocido como derecho fundamental, para el caso de personas que por sus condiciones eran consideradas de especial protección constitucional y, recientemente, se ha considerado un derecho fundamental autónomo”.

Adicionalmente, la Ley 1751 de 2015 consagra la salud como un derecho fundamental. (…)

En sentencia T-674-16, dijo el Alto Tribunal:

“Como esta Corte lo ha indicado en varias ocasiones, el transporte, en sí mismo, no puede ser considerado como un servicio de salud. Sin embargo, en sede de tutela se ha aclarado que, en determinadas ocasiones, la imposibilidad de algunos pacientes en materializar su traslado puede repercutir en la afectación del derecho fundamental referido”. (…)

… la Corte Constitucional ha establecido como reglas probatorias para determinar la falta de capacidad económica de los afiliados, tanto al régimen contributivo como al subsidiado: i) la obligación de la EPS o ARS de suministrar al juzgador la información necesaria para determinar la capacidad de pago del usuario, pues son tales entidades quienes a través de su base de datos están al tanto de tal situación y ii) la presunción de veracidad de las afirmaciones del tutelante, en caso de que la entidad tutelada no cumpla con dicha carga probatoria. (…)

Actualmente no es necesario que en el fallo de tutela se faculte a la EPS o ARS a recobrar ante el Fosyga o el ente territorial, por los gastos en los que incurra frente a la orden de prestación de servicios que no se encuentren incluidos en el POS, pues está es una garantía legal que le asiste a este tipo de entidades y que se encuentra regulada de manera expresa en la Resolución No. 5395 de diciembre de 2013, expedida por el Ministerio de Salud.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**ACCIÓN DE TUTELA**

Pereira, diez de septiembre de dos mil veinte

Acta de Sala de Discusión No 108 de 10 de Septiembre de 2020

Procede la Sala de Decisión Laboral No 3 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira a decidir la impugnación formulada por la Nueva EPS contra la decisión proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el día 16 de julio de 2020, enviada a reparto por el juzgado de primera instancia el 28 de julio de 2020 y repartida en esta oficina el 18 de agosto de 2020, según acta de reparto obrante en el cuaderno de segunda instancia digital, dentro de la acción de tutela iniciada en su contra por la señora Gladis Vivian Robledo Gaviria.

**HECHOS QUE ORIGINARON LA ACCIÓN:**

Indica la señora Robledo Gaviria que se encuentra con diagnóstico de insuficiencia renal terminal, bursitis de la mano, hipertensión secundaria y diabetes mellitus. Es insulinodependiente con complicaciones múltiples y sufre también retinopatía diabética. Informa que el tratamiento de tales patologías requiere su desplazamiento tres veces por semana desde su residencia hasta el centro de cuidado renal donde se le realiza la hemodiálisis, razón por la que solicitó a la Nueva EPS -entidad a la que se encuentra afiliada- que le suministrara el servicio de transporte, a lo que la entidad accionada se negó bajo el argumento de que no se encontraba dentro del POS, negativa que repercute directamente en su calidad de vida, dado que requiere la hemodiálisis para vivir y no cuenta con los recursos para asumir los costos del trasporte que implica atender su tratamiento, para el cual requiere de un acompañante, debido a la dificultada visual que padece y la debilidad y agotamiento en que queda sumida luego de recibir la atención.

Considera que la negativa de la entidad vulnera su derecho fundamental a la salud por lo que solicita su protección y como consecuencia que se ordene a la Nueva EPS brindarle el servicio de trasporte, a ella y un acompañante,  desde su domicilio hasta el centro de atención y viceversa, los días que requiera tratamiento, el cual debe ser ordenado de manera integral.

**TRAMITE IMPARTIDO**

La acción correspondió por reparto al Juzgado Tercero Laboral del Circuito, que la admitió, concediendo a la accionada dos (2) días para que se pronunciara al respecto.

La EPS accionada, adujo en su defensa que los viáticos no corresponden a servicios de salud, sino que se trata de una pretensión que se encuentra por fuera del plan obligatorio de salud y respecto al transporte, advierte que “*no se trata de una movilización de paciente con patología de urgencias certificada por un médico tratante, ni hay un remisión entre instituciones prestadoras de servicios de salud*”, por lo tanto no se encuentra dentro de las obligaciones a su cargo.

Indicó también que en momento alguno negó los servicios médicos al paciente y que en relación con el tratamiento integral, éste no se ha definido y en ese sentido, no es posible que un juez constitucional lo ordene sin que medie prescripción del médico tratante.

Por último solicitó la autorización de recobro ante el Fosyga de los gastos en que incurra de prosperar la petición de la tutelante y se ordene al Ministerio de Protección Social que reembolse el 100% de los costos que implique otorgar servicios fuera del POS.

Llegado el día del fallo, la *a quo* amparó el derecho fundamental a la Seguridad Social de la actora y ordenó a la Nueva EPS asumir  los costos de traslado de la de la señora Robledo Gaviria y de un acompañante para recibir el tratamiento ordenado por su médico tratante -diálisis-, con el cumplimiento de las medidas de bioseguridad requeridas, hasta que se normalice la situación generada por el Covid 19.   Respecto al tratamiento integral, la protección fue negada.

A tal determinación llegó, luego de advertir que en virtud a la emergencia sanitaria generada por el COVID-19 y de conformidad con lo dispuesto en las Resoluciones 521 y 536 de 2020, las EPS están obligadas a proveer a sus afiliados mecanismos alternativos para la entrega de medicamentos y valoraciones con el objeto de salvaguardar su salud y vida durante la crisis, por lo que, atendiendo la situación médica de la paciente, una de esas medidas, consiste en asumir los costos del transporte para garantizar el tratamiento prescrito, respetando los estándares de bioseguridad exigidos por el Gobierno Nacional. Lo anterior teniendo en cuenta que la EPS no desvirtuó la afirmación hecha por la demandante de no contar con los recursos para trasladarse por sus propios medios.

En lo que atañe al tratamiento integral no lo dispuso al considerar que el mismo no le ha sido negado por la entidad accionada.

Inconforme con la decisión la EPS accionada impugnó insistiendo en que no está obligada a asumir los costos de traslado de los pacientes en la misma ciudad, pues esa carga se encuentra en cabeza del afiliado y su grupo familiar. Sostuvo su inconformidad en iguales argumentos a los expuestos al momento de dar respuesta a la acción, incluyendo la solicitud de disponer el recobro de gastos en que incurra para dar cumplimento a la orden de tutela.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

El asunto bajo análisis, plantea a la Sala el siguiente problema jurídico:

*¿Es procedente en el presente caso ordenar a la EPS accionada brindar el servicio de transporte que requiere la paciente para ella y un acompañante, a efectos de dar continuidad al tratamiento médico que requiere la insuficiencia renal que padece?*

Con el propósito de dar solución al interrogante planteado en el caso concreto, la Sala considera pertinente hacer, de manera previa, las siguientes precisiones:

1. **PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.**

El artículo 86 de la Constitución Nacional, consagró la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas, cuando resulten amenazados o vulnerados, por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en ciertos casos.

Innecesario resulta discutir y argumentar frente al derecho a la salud, cuando la Alta Magistratura Constitucional se ha encargado de catalogar el mismo como fundamental y por tanto, autónomo y susceptible de protección, sin que sea necesaria conexidad con algún otro beneficio de rango mayor.

La evolución de dicha garantía fue resumida por esa Corporación, recientemente en la T-094-16, así:

*“El derecho a la Salud ha tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de esta Corporación y se ha venido protegiendo vía tutela a través de 3 mecanismos:  Al principio, se amparaba  debido a la conexidad que tiene con los derechos a la vida digna e integridad personal; luego, fue reconocido como derecho fundamental, para el caso de personas que por sus condiciones eran consideradas de especial protección constitucional y, recientemente, se ha considerado un derecho fundamental autónomo”*.

Adicionalmente, la Ley 1751 de 2015 consagra la salud como un derecho fundamental.

**2.** **SERVICIO DE TRANSPORTE.**

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterada en sostener que si bien el transporte no es un servicio médico, en muchas ocasiones, para que las personas puedan acceder a los servicios de salud, se requiere su traslado para que puedan recibir la atención requerida.

En sentencia T-674-16, dijo el Alto Tribunal:

*“Como esta Corte lo ha indicado en varias ocasiones, el transporte, en sí mismo, no puede ser considerado como un servicio de salud. Sin embargo, en sede de tutela se ha aclarado que, en determinadas ocasiones, la imposibilidad de algunos pacientes en materializar su traslado puede repercutir en la afectación del derecho fundamental referido.*

*Así las cosas, le corresponde al juez de tutela analizar sí, atendiendo las circunstancias físicas y económicas del paciente y de su familia, se hace necesario el suministro del servicio de transporte por parte de la EPS, en tanto que con la falta de este o de uno que tenga las especificaciones técnicas requeridas, puede imponérsele al afiliado una barrera para su acceso o exponerlo a riesgos en detrimento de su integridad y salud.*

*(…)*

*Lo anterior no desconoce que el primer obligado a asumir tal carga económica es el paciente mismo y, seguidamente su familia. Sin embargo, cuando no puedan realizarlo se le ha impuesto la carga a la entidad prestadora del servicio, en tanto que se pretende evitar un riesgo para la vida del paciente, la continuidad del tratamiento, su integridad física y estado de salud”.*

**3. PRUEBA DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DE LOS AFILIADOS.**

Frente al particular, la Corte Constitucional ha establecido como reglas probatorias para determinar la falta de capacidad económica de los afiliados, tanto al régimen contributivo como al subsidiado: *i)* la obligación de la EPS o ARS de suministrar al juzgador la información necesaria para determinar la capacidad de pago del usuario, pues son tales entidades quienes a través de su base de datos están al tanto de tal situación y *ii)* la presunción de veracidad de las afirmaciones del tutelante, en caso de que la entidad tutelada no cumpla con dicha carga probatoria.

Adicionalmente, indica también la Alta Magistratura que *“existen otros indicios que el juez debe tener en cuenta y son el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado, el hecho de pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad, entre otros”.*

**4. De la facultad de recobrar que pueden ejercer las E.P.S.  ante LAs SECRETARIAs DE SALUD.**

Antes de que fuera derogado el literal j del artículo 14 de la Ley 122 de 2007, al juez de tutela le correspondía limitar el derecho al recobro que les asiste a las EPS y ARS frente al Fosyga y los entes territoriales, a un 50% sí el usuario se veía en la obligación de iniciar una acción de tutela para lograr la atención y el suministro de los servicios en salud.

Actualmente no es necesario que en el fallo de tutela se faculte a la EPS o ARS a recobrar ante el Fosyga o el ente territorial, por los gastos en los que incurra frente a la orden de prestación de servicios que no se encuentren incluidos en el POS, pues está es una garantía legal que le asiste a este tipo de entidades y que se encuentra regulada de manera expresa en la Resolución No. 5395 de diciembre de 2013, expedida por el Ministerio de Salud.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-048 del cuatro (4) de febrero de dos mil once (2011), M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, destacó: “*tal como señaló el juez de primera instancia, el fundamento del recobro de una entidad ante el FOSYGA no surge de la jurisprudencia constitucional, sino de la ley y la reglamentación legal*”

**5. EL CASO CONCRETO**

Ciertamente, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, en principio el traslado del paciente a la institución donde se le debe prestar el servicio debe ser asumido por éste o su grupo familiar, sin embargo, en el presente asunto, nos encontramos ante un sujeto de especial protección, pues se trata de una persona en la fase terminal estadio 5 de la patología denominada insuficiencia renal crónica, calificada con un 68.57% de pérdida de la capacidad laboral -fl 8 y siguientes del expediente digital-, que requiere, para su tratamiento, el desplazamiento, 3 veces a la semana, al Centro de Cuidado Renal, situación que dificulta su continuidad de su tratamiento, toda vez que no cuenta con los recursos económicos para costear su traslado y el de un acompañante desde su lugar de residencia al centro médico y viceversa.

Así las cosas, la posibilidad de transporte en este caso es esencial pues de no contar con los recursos para ello se pondría en riesgo la salud de la accionante, al resultar la hemodiálisis vital para su existencia en cuanto, como bien se sabe, el procedimiento remplaza mecánicamente las funciones de los riñones.

La situación narrada no deja duda que, no habiéndose probado que la solicitante cuenta con los recursos necesarios para su desplazamiento, debe ser la EPS accionada quien asuma el costo de sus traslados con un acompañante -ida y regreso- a la institución donde recibe el tratamiento hospitalario.

Es que, en relación con la capacidad económica de la usuaria y sus familiares, tal como se consideró párrafos atrás, correspondía a la Nueva EPS suministrar la información que desvirtuara la falta de solvencia económica del demandante y su núcleo familiar para asumir los costos de su desplazamiento día de por medio, sin que así lo hubiera hecho, razón por la que debe concluirse que, en efecto, ella no cuenta con los medios para atender los gastos que implica desplazarse para recibir el tratamiento requerido.

En lo atinente a la solicitud de reembolso de recursos por parte del Fosyga a la EPS accionada, con el fin de que ésta puede dar cumplimiento a la orden de tutela, es preciso indicar que  el Ministerio del Ramo a través de la Resolución No 5395 de diciembre de 2013, determinó el procedimiento que deben observar las entidades prestadores de los servicios de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, para recobrar, del FOSYGA o de los entes territoriales, los gastos generados por el cumplimiento de acciones de tutela en las que se haya ordenado la prestación de un servicio o el suministro de medicamentos o insumos por fuera del plan de beneficios.

Así las cosas, resulta evidente que la Nueva EPS no requiere de la intervención del juez constitucional para conseguir los pretendidos recursos, pues este es un tema eminentemente administrativo y de carácter legal, donde no se encuentran comprometidos derechos fundamentales.

Las anteriores razones resultan suficientes para confirmar el fallo impugnado.

En virtud de lo anterior, la **Sala de Decisión Laboral No 3 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el día 16 de julio de 2020.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** a las partes esta decisión por el medio más idóneo.

**TERCERO: ENVÍAR,** lo más pronto posible, a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**Notifíquese y Cúmplase.**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Magistrada