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 respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionantes : José Lisbán Giraldo Murillo

Accionado : Nueva EPS SA

Radicación : 66682-31-03-001-2021-00159-01

Despacho de origen : Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 340 de 22-07-2021

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / NATURALEZA FUNDAMENTAL / PERSONAS DE LA TERCERA EDAD / PROTECCIÓN ESPECIAL / TRANSPORTE / EN SUBDIDIO DE LA FAMILIA, DEBE ASUMIRLO LA EPS / REGLAS.**

A la luz del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas “(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo. (…)

El amparo del derecho a la salud del Estado es especial cuando se trata de personas en condiciones de debilidad por factores como la edad, una discapacidad física o mental, pertenencia a comunidades indígenas o minorías étnicas, religiosas, condición de pobreza o indigencia, género, o hallarse privado de la libertad, entre otros.

En este caso el promotor es persona de la tercera edad (78 años) …

De acuerdo con la aludida normativa y jurisprudencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, pues el interesado cumple los presupuestos para ser beneficiario del servicio de trasporte y viáticos para asistir a consulta médica autorizada en una municipalidad diferente a la de su residencia.

La CC de forma reiterada (2021) ha expuesto que, por regla general, en aplicación del principio de solidaridad, el accionante como sus familiares están obligados a asumir los gastos necesarios para acceder a los servicios médicos autorizados en otras localidades; empero, fijó cuarto subreglas concomitantes que, de verificarse, implican a las EPS garantizar el servicio de trasporte…

#

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0232-2021**

***Veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto a decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Se informó que el actor sufrió un accidente de tránsito y le causó *“(…) AMPUTACIÓN TRANSFEMORAL IZQUIERDA de tercio medio por causa traumática por encima de la rodilla (…)”*.El médico tratante ordenó el traslado a Bogotá DC para el cambio de prótesis, se programó para el 14-05-2021 y, como carecía de capacidad económica para costar el transporte y viáticos, requirió a la EPS que los suministrara, pero le respondió que: *“(…) puede sacar otra nueva Autorización para poder dirigirse al lugar de la fundación CIREC en la ciudad de Bogotá (…)”* (Cuaderno No.1, documento No.02).

1. **Los derechos invocados y su protección**

La salud, la dignidad humana y la seguridad social. Se solicitó ordenar a la accionada **(i)** Practicar con urgencia el trasplante de prótesis; y, **(ii)**Brindar el servicio de trasporte y viáticos con acompañante para asistir a la consulta en la ciudad de Bogotá DC (Cuaderno No.1, documento No.02).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

La *a quo* con auto del 14-05-2021 admitió la tutela (Cuaderno No.1, documento No.04); el 27-05-2021 profirió la sentencia (Cuaderno No.1, documento No.07); y, el 03-06-2021 concedió la impugnación (Cuaderno No.1, documento No.11). En esta sede con auto del 02-07-2021 se decretaron pruebas de oficio y el actor resolvió el cuestionario de esta Sala (Cuaderno No.1, documentos Nos.06, 10 y 11).

El fallo tuteló y ordenó suministrar el transporte y viáticos con acompañante. Razonó que el actor requiere especial protección por tratarse de un *“adulto mayor”* (Sic) (78 años) y el servicio estar excluido del plan de beneficios, según la CC (T-259 de 2019 y T-446 de 2018). Entonces, como carece de capacidad económica y la EPS no probó en contrario, debe proveerlo. Finalmente, negó el recobro ante el ADRES (Cuaderno No.1, documento No.07).

La Nueva EPS SA alegó que no se trata de una movilización de urgencia ni de la remisión entre IPS, sino de un traslado de paciente ambulatorio, entonces, el servicio de transporte está excluido del plan de beneficios y no está obligada a suministrarlo (Art.2º, parágrafo, Resolución 5261/1994). La tutela atañe a derechos económicos y es improcedente. Pidió revocar el fallo o en defecto autorizar el recobro ante el ADRES (Cuaderno No.1, documento No.10).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. *La competencia funcional*: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
	2. *El problema jurídico a resolver*: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, según la impugnación?
	3. *Los presupuestos de procedencia*
		1. *La legitimación en la causa*. Por activa, el actor por estar afiliado a la EPS accionada, en el régimen contributivo (Cuaderno No.1, documento No.04). En el extremo pasivo, la Nueva EPS SA por ser la afiliadora que le compete garantizar el servicio de salud (Ley 1751).
		2. *La inmediatez*. El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular. Este requisito *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2021)[[1]](#footnote-1).

Se satisface porque la acción se formuló (14-05-2021) (Cuaderno No.1, documento No.03), dos (2) meses y nueve (9) días después de ordenada la remisión del actor para el cambio de prótesis (03-03-2021) (Cuaderno No.1, documento No.02, folio 4); es decir, dentro del plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[2]](#footnote-2).

* + 1. *La subsidiariedad*. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021)[[3]](#footnote-3). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

En el sub *examine*, el accionante no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de sus derechos. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. *El derecho a la salud como fundamental.* A la luz del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera; esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad (2021)[[4]](#footnote-4).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

* 1. *Las exclusiones en el tratamiento al usuario.* Debe entenderse que a la luz de la precitada ley, el derecho fundamental a la salud debe garantizarse a través de: *"(...) la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (…)",* esto es, las exclusiones son solo aquellas expresamente mencionadas en el artículo 15, además el 3º de la misma Ley, que prescribe: *"(...) a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud* (…)”.
	2. *La protección especial (Tercera edad - Invalidez, etc.)*

El amparo del derecho a la salud del Estado es especial cuando se trata de personas en condiciones de debilidad por factores como la edad, una discapacidad física o mental, pertenencia a comunidades indígenas o minorías étnicas, religiosas, condición de pobreza o indigencia, género, o hallarse privado de la libertad, entre otros.

En este caso el promotor es persona de la tercera edad (78 años): *“(…) la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), se encuentra estimada en los 76 años. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico (…)”*[[5]](#footnote-5) y, en consecuencia, amerita protección especial, según la doctrina de la CC[[6]](#footnote-6):

... el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a "afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez[[7]](#footnote-7), razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran.

En virtud de ello, esta Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, *es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad*, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran... (Cursiva extratextual).

Y, en decisión reciente reiteró aquel razonamiento (2021)[[8]](#footnote-8): *“(…) la garantía del derecho a la salud de sujetos de especial protección constitucional es reforzada. En los términos del Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015: “La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán [sic] de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.” (…)”* (Línea a propósito).

1. **El caso concreto analizado**

De acuerdo con la aludida normativa y jurisprudencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, pues el interesado cumple los presupuestos para ser beneficiario del servicio de trasporte y viáticos para asistir a consulta médica autorizada en una municipalidad diferente a la de su residencia.

La CC de forma reiterada (2021)[[9]](#footnote-9) ha expuesto que, por regla general, en aplicación del principio de solidaridad, el accionante como sus familiares están obligados a asumir los gastos necesarios para acceder a los servicios médicos autorizados en otras localidades; empero, fijó cuarto subreglas concomitantes que, de verificarse, implican a las EPS garantizar el servicio de trasporte, a saber:

… cuando los pacientes se encuentren en las siguientes circunstancias: “(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la vida de la persona; (ii) que ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y (iii) que de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”. A lo anterior se ha añadido que: (iv) si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración, se cubrirán los gastos de alojamiento y manutención…

Se realizará un análisis flexible de los presupuestos jurisprudenciales, como quiera que el actor tiene 78 años, es un adulto mayor (Cuaderno No.1, documento No.02, folios 7-8) y amerita un trato diferenciado; por lo tanto, revisado el acervo probatorio, sin duda se colige que la EPS trasgredió su derecho a la salud, pues, pretirió suministrarle el servicio de trasporte, pese a reunir los requisitos reseñados.

En efecto, nótese: (i) Que el galeno lo remitió a Bogotá DC para valoración y corrección de los problemas causados por la prótesis: *“(…) LA PRÓTESIS NUEVA (…) LE LASCERO (SIC) EL MUÑÓN (…) REQUIERE CAMBIOS Y ADECUACIONES EN LA PRÓTESIS DE ACUERDO A LA REVISIN (SIC) TÉCNICA REALIZADA POR LA FUNDACIÓN CIREC DE BOGOTA (SIC) FECHADA EN AGOSTO 5 DE 2020 (…)”* (Cuaderno No.1, documento No.02, folio 4).

También es claro: (ii) Que carece de recursos para costear el trasporte y estadía. Sus ingresos mensuales ascienden a $908.000 y los destina al pago de arriendo y servicios, por valor de $200.000, y ayuda económica a su excónyuge, por la suma de $150.000. No explicó la destinación del remanente, pero lo cierto es que $558.000 son apenas suficientes para sufragar la alimentación, vestido, salud y recreación del núcleo familiar integrado con un hermano de 74 años que no trabaja. Tampoco cuenta con el auxilio de ningún familiar cercano (Cuaderno No.2, documentos Nos.06 y 10).

Asimismo, se tiene: (iii) Que la falta de valoración y ajuste de su prótesis pone en riesgo su integridad física y afecta su calidad de vida (Dignidad). Es una persona en estado de invalidez, su prótesis actual le causa lesiones en el muñón de su pierna izquierda y lleva nueve (9) meses esperando su práctica “(…) *REQUIERE CAMBIOS Y ADECUACIONES EN LA PRÓTESIS DE ACUERDO A LA REVISIN (SIC) TÉCNICA REALIZADA POR LA FUNDACIÓN CIREC DE BOGOTA (SIC) FECHADA EN AGOSTO 5 DE 2020 (…)”* (Cuaderno No.1, documento No.02, folio 4).

Y, como: (iv) La cita se autorizó en Bogotá DC, la EPS debe proveer los gastos de alojamiento y manutención, por dos (2) días (Ida y regreso), pues, para la Sala, corresponden al tiempo mínimo y necesario para garantizar la tempestiva asistencia del actor.

De otro lado, también se advierten cumplidos los requisitos para disponer que se suministren los gastos del acompañante, conforme a la jurisprudencia constitucional (2021) *[[10]](#footnote-10)*: *“(i) dependa totalmente del tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y finalmente, (iii) [que] ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”.*

Empero el interesado omitiera indicar si necesitaba de un tercero para ayudarlo con su movilidad y cuidado cotidiano, no puede pasar por alto la Sala que su dolencia física y edad *son circunstancias relevantes para considerar que sí lo requiere, máxime que debe dirigirse a una gran urbe como Bogotá DC.*

Así las cosas, son infundados los argumentos de la impugnación, porque, aun cuando se trata de una asistencia en salud ambulatoria, *el interesado reunía los presupuestos jurisprudenciales para ser beneficiario*. Claramente desatendió su deber legal y constitucional de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la saludde sus afiliados (Arts. 3º y 15, Ley 1751) y, en mayor medida, de las personas de especial protección constitucional, como el actor.

Finalmente, se desestima el recobro solicitado. El Juez de tutela no debe generar ni definir controversias ajenas a las relacionadas directamente con derechos fundamentales, a más de que la orden tutelar tampoco impide agotar el trámite administrativo respectivo (Resolución No.1885 de 2018); innecesario que la judicatura lo autorice. En el mismo sentido la CC[[11]](#footnote-11) y CSJ[[12]](#footnote-12) en sede de tutela. Tesis consistente y reiterada por las Salas Civil-Familia[[13]](#footnote-13) y Penal para Adolescentes[[14]](#footnote-14)-[[15]](#footnote-15) de este Tribunal.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil – Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. CONFIRMAR el fallo proferido el 27-05-2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal.
2. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión

**N o t i f í q u e s e**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020 y T-131-2021. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-104-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-405 de 2017, T-081 de 2019, T-207 de 2020, T-001 de 2021 y T-017 de 2021. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-015 de 2019 y T-004 de 2015. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-014 de 2017 y T-004 de 2014. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-634 de 2008. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-122 de 2021, también puede consultarse la T-224 de 2020, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-346 de 2009, T-433 de 2014, T-148 de 2016, T-178 de 2017, T-228 de 2020, T-017 de 2021 y T-101 de 2021. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-346 de 2009, T-433 de 2014, T-148 de 2016, T-178 de 2017, T-228 de 2020 y T-122 de 2021. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-727 de 2011, T-464 de 2018 y T-239 de 2019. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ. Civil. STC3914 2016. [↑](#footnote-ref-12)
13. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (i) 19-08-2015; MP: Grisales H., No.2015-00072-01; (ii) 30-09-2015; MP: Grisales H., No.2015-00091-01; y, (iii) 22-08-2019; MP: Grisales H., No.2019-00312-01, entre muchas. [↑](#footnote-ref-13)
14. TSP, Sala No.7 Asuntos Penales para adolescentes. Fallo del 28-05-2014; MP: Arcila R., No.2014-00043-01. [↑](#footnote-ref-14)
15. TSP, Sala No.4 Asuntos Penales para adolescentes. Fallo del 17-02-2015; MP: Grisales H., No.2014-00477-01. [↑](#footnote-ref-15)