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 : Juan Carlos Ospina Giraldo

Accionado : Nueva EPS SA

Radicación : 66170-31-03-001-2021-00204-01

Despacho de origen : Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 549 de 16-11-2021

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / PLAN BÁSICO DE SALUD / NO INCLUYE TRANSPORTE Y VIÁTICOS / DEBEN ASUMIRLOS EL AFILIADO Y SU NÚCLEO FAMILIAR / EXCEPCIONES / REQUISITOS.**

Al tenor 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 su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud…

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que reguló este derecho fundamental…

Sin duda, el plan de beneficios cubre todas las prestaciones en salud, salvo las que expresamente estén excluidas; empero, la CC ha dispuesto que en ciertas situaciones específicas debe brindarse la prestación requerida, pese a su exclusión…

… en tratándose del servicio de transporte, la alta colegiatura de forma reiterada… 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 garantizarlo…

Se modificará la sentencia opugnada, pues para la Sala es evidente que la EPS accionada: (i) No trasgredió el derecho a la salud de la accionante, por preterir brindar el servicio de transporte, habida cuenta de que cuenta con capacidad económica para costearlo…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0394-2021**

***Dieciséis (16) de noviembre 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 padece *“(…) DISTONIA FOCAL MSI (…)”*.El médico tratante ordenó suministrar *“(…) TOXINA BOTULINICA 100U/1U/POLVOS PARA RECONSTITUIR, CANTIDAD 3 AMPOLLAS (…)”* y practicar *“(…) CONSULTA DE PRIMERA VEZ ESPECIALISTA EN NEUROLOGÍA, ELECTROMIOGRAFIA MIEMBRO SUPERIOR IZQUIERDO, CITA NEUROLOGÍA (…)”* y, como carece de recursos económicos, solicitó a la accionada costear el transporte y viáticos para acudir a la Fundación Valle Lili de Cali, V. (Cuaderno No.1, pdf.02).

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

Salud, calidad de vida, mínimo vital e integridad personal. Se solicitó ordenar a la accionada **(i)** Entregar los medicamentos; **(ii)**Costear trasporte y viáticos con acompañante; y, **(iii)** Brindar tratamiento integral (Cuaderno No.1, pdf.02).

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

Con auto del 15-09-2021 se admitió (Cuaderno No.1, pdf.04); el 17-09-2021 decretó pruebas (Ibidem, pdf.07); el 27-09-2021 sentenció (Ibidem, pdf.10); y, el 07-10-2021 concedió la impugnación (Ibidem, pdf.14). En esta sede con auto del 09-11-2021 se decretaron pruebas de oficio y el actor resolvió el cuestionario de esta Sala (Cuaderno No.2, pdf.05, 06, 10 y 11).

El fallo tuteló y ordenó suministrar el transporte y viáticos y brindar el tratamiento integral. Explicó que el actor carece de capacidad económica y debe asistir a las citas en Medellín y Cali para continuar con su tratamiento, por ende, la EPS está en la obligación de costear el servicio (Cuaderno No.1, pdf.10).

La Nueva EPS SA cuestionó: (i) El tratamiento integral porque no fue concebido para garantizar la prestación de servicios médicos futuros e inciertos, sin orden médica; y, (ii) El servicio de transporte porque consiste en traslado de paciente ambulatorio, debe proveerlo el núcleo familiar en virtud del principio de solidaridad. Pidió revocar el fallo (Ibidem, pdf.13).

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 Dosquebradas, 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 y haber requerido el servicio (Ib., pdf.01). En el extremo pasivo, la Nueva EPS SA por ser la afiliadora que debe garantizar la asistencia en 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 (14-09-2021) (Ib., pdf.03) quince (15) días después de expedidas las órdenes por el galeno tratante (30-08-2021) (Ib., pdf.01); 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 y transporte.* Al tenor 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 su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad[[4]](#footnote-4).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que reguló este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de universalidad, equidad y eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

Debe entenderse que a la luz de la precitada ley, se garantiza 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 (…)”*; solo excluye los servicios mencionados en su artículo 15, entre ellos los: *“(…)* *Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas (…)”* (Línea de la Sala); y, aplica: *“(…)* *a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud (…)*”.

Sin duda, el plan de beneficios cubre todas las prestaciones en salud, salvo las que **expresamente** estén excluidas; empero, la CC[[5]](#footnote-5) ha dispuesto que en ciertas situaciones específicas debe brindarse la prestación requerida, pese a su exclusión, en tanto prima garantizar de forma efectiva el derecho a la salud del afiliado.

Y, en tratándose del servicio de transporte, la alta colegiatura de forma reiterada (2021)[[6]](#footnote-6) 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 garantizarlo, 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…

1. **El caso concreto analizado**

Se modificará la sentencia opugnada, pues para la Sala es evidente que la EPS accionada: (i) No trasgredió el derecho a la salud de la accionante, por preterir brindar el servicio de transporte, habida cuenta de que cuenta con capacidad económica para costearlo; sin embargo, (ii) Amenaza el derecho por la mora en autorizar y garantizar el tratamiento y cita con especialista.

En primera sede informó que su cónyuge carece de ingresos, tiene a su cargo una persona, y trabaja en la ESE Hospital Santa Mónica con un salario de $1.700.000 mensuales que destina para su sostenimiento (Ib., pdf.09); *sin embargo, ante esta sede modificó su respuesta*; en efecto, manifestó que los ingresos familiares ascienden a $3.500.000 y son producto del trabajo propio y de su hijo (30 años), y pensión de su esposa. Es propietario de vivienda y paga por sostenimiento $1.800.000 y el remanente cubre acreencias de familiares, sin precisar debidamente los montos de alimentación, vestido, etc., ni arrimar certificación crediticia (Cuaderno No.2, pdf.10).

Además, se tiene que durante dos años ha asumido el gasto de transporte para asistir a las citas en la IPS San Vicente de Paul para recibir la *“(…) TOXINA BOTULINICA (…)”* recetada por el médico tratante(Cuaderno No.2, pdf.12). Sin duda, la red familiar tiene capacidad económica para asumir el gasto necesario para acudir a las IPS.

De otro lado, en lo que atañe a la autorización y práctica de la consulta por primera vez con especialista en neurología y la aplicación de la toxina botulínica intramuscular, ordenadas por el galeno, el 30-08-2021 (Cuaderno No.1, pdf.01), es clara la amenaza del derecho a la salud, habida cuenta de que pretirió acreditar que agotó el trámite administrativo respectivo. Atinó a informar que realizó el procedimiento MIPRES, aprobó el servicio y expidió las autorizaciones, mas dejó de probarlo (Cuaderno No.1, pdf.06). Únicamente citó en su escrito las supuestas autorizaciones, insuficiente para demostrar que realmente el interesado cuenta cita programada para acudir a las IPS.

Así las cosas, aún amenaza los derechos *iusfundamentales* invocados, ya que por el hecho de la afiliación y hacer parte del sistema que debe garantía del derecho a la salud (Ley 1751), es la encargada de que los servicios se presten con eficiencia, continuidad y calidad. La gestión administrativa fue precaria y obstruyó la continuidad del tratamiento.

Respecto al tratamiento integral[[7]](#footnote-7), encuentra esta Sala que fue atinada la decisión, en consideración a que: (i) La EPS fue negligente. Demora la autorización y práctica del tratamiento, circunstancia reiterada, conforme a las peticiones del actor y respuestas de la accionada (Cuaderno No.2. pdf.12); (ii) Está diagnosticada la patología: Distonía Focal. Padecimiento que data del 2011, con continuo tratamiento, inicialmente se aplicó "toxina" con pobre beneficio y actualmente se moduló a toxina botulínica bajo guía electromiografíca (Cuaderno No.1, pdf.01, folio 2); (iii) Hay órdenes expresas de los médicos(Ibidem, pdf.01, folios 1 y 3); y, (iv) El padecimiento fue diagnosticado hace cuatro años y requiere tratamiento continuo (Ib., pdf.01, folio 2).

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. MODIFCAR el fallo proferido el 27-09-2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas, para NEGAR el amparo propuesto por el señor Juan Carlos Ospina Giraldo contra la Nueva EPS, respecto al suministro de transporte y viáticos, por inexistencia de vulneración; y, AMPARAR su derecho a la Salud, en lo atinente a la autorización y práctica de las citas y suministro de medicamentos, y el tratamiento integral.
2. ORDENAR a la Gerente Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS que en el plazo de cuarenta y ocho horas, autorice y practique las citas con especialista en neurología y la aplicación de la toxina botulínica intramuscular dispuesta por el médico para tratar la Distonía Focal que padece el accionante.
3. CONFIRMAR el fallo respecto al tratamiento integral ordenado, exclusivamente, respecto a la diagnostico “G248 otras distonías”.
4. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión

Notifíquese,

**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

*En uso de permiso*

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-117 de 2019 y T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-309 de 2018, T-215 de 2018, T-299 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. CC. T-081 de 2019, reiterada en la T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-7)