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.

Radicado No: 66170-31-05-001-2022-0091-01

Proceso: Acción de tutela (Impugnación)

Accionante: Joaquín Muñoz Peñaranda

Agente oficioso: Lizeth Alejandra Peñaranda P. en representación del menor Joaquín Muñoz P.

Accionados: Salud Total EPS–S

FOSYGA

IPS Clínica Los Rosales S.A.

IPS Clínica Imbanaco de Cali SA

IPS CGI Colombia SAS

IPS Gencell Pharma SAS

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Ana Lucia Caicedo Calderón

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / TRANSPORTE / MENOR DE EDAD / SUBSIDIARIEDAD / FLEXIBILIDAD RESPECTO DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN / PRINCIPIOS DE INTEGRALIDAD Y ACCESIBILIDAD.**

Los artículos 86 de la Constitución y 6º del Decreto 2591 de 1991 establecen que la procedencia de la acción de tutela está condicionada al principio de subsidiariedad. Este autoriza su utilización en tres hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial…; (ii) el mecanismo existente no resulte eficaz e idóneo; y (iii) la intervención transitoria del juez constitucional sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

… en cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, esa Corporación ha indicado que existe flexibilidad respecto de dicha exigencia. Así, en tales casos el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante…

El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 superior y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana, la integridad personal y la seguridad social…

Uno de los principios que rigen la atención en salud es el de integralidad. Este se refiere a la necesidad de que los agentes del sistema encargados de la prestación de sus servicios, los autoricen, practiquen y entreguen en su debida oportunidad…

Se ha determinado que el transporte y viáticos de un paciente, no constituye un servicio médico; no obstante, obedece a un elemento de acceso efectivo a los servicios de salud, que al restringirse por la EPS provoca la interrupción de las garantías mínimas del paciente.

La jurisprudencia Constitucional, ha reconocido el principio de accesibilidad como elemento fundamental del derecho a la salud, en la medida que de no existir dicha garantía no podrá entonces hablarse de un servicio en salud ininterrumpido y de calidad…

… se advierte que se entiende incluido el servicio de transporte dentro del Plan de Beneficios en Salud, cuando es la misma EPS, quien autoriza el servicio fuera del municipio o ciudad de residencia y, por tanto, debe asumir los gastos que esto implique.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucia Caicedo Calderón**

Pereira, primero (1°) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede la judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el 05 de abril de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la **acción de tutela** impetrada por la señora **Lizeth Alejandra Peñaranda Pinto**, en calidad de agente oficioso y representante legal del menor J.M.P., en contra de la entidad **Salud Total EPS-S** y el **Fosyga**, a través de la cual se pretende que se ampare sus derechos fundamentales a la salud, en conexidad con la vida digna e integridad física; trámite al que fue vinculada la IPS Clínica los Rosales S.A, IPS Clínica Imbanaco de Cali S.A, IPS CGI Colombia S.A.S, IPS Gencell Pharma S.A.S y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. **LA DEMANDA DE TUTELA.**

La señora Lizeth Alejandra Peñaranda Pinto, progenitora del menor J.M.P., pretende que se protejan los derechos fundamentales de su hijo correspondientes a la salud, en conexidad con la vida digna e integridad física, y en consecuencia se ordene a la entidad accionada Salud Total EPS-S, realizar las gestiones pertinentes para autorizar la valoración de control con la Doctora Luisa Márquez Especialista en Neurología Pediátrica, así como también, la entrega de los medicamentos y procedimientos médicos ordenados en las IPS adscritas que cuentan con aprobación del Ministerio de Salud para el tratamiento de enfermedades catastróficas; asimismo, que se autorice la junta de especialistas en epilepsia de la Clínica Imbanaco de la ciudad de Cali. Solicita, además, que sean cubiertos los gastos de transporte para que el menor y su acompañante puedan asistir a sus citas de control fuera y dentro de la ciudad de residencia y en último lugar, concederle el tratamiento integral en atención a sus diagnósticos.

Para sustentar la demanda, manifestó que el menor se encuentra afiliado al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud a la entidad Salud Total EPS-S; que desde febrero de 2020 inició con fiebre y posteriormente presentó convulsiones, por lo que fue ingresado a la UCI con diagnóstico reservado; que Neuropediatría le ordenó plan terapéutico con anticonvulsivantes y manejo ambulatorio por neurología infantil, por ende, fue remitido a la UCI del Hospitalito de la ciudad de Manizales, evolucionando allí satisfactoriamente; que la neuróloga pediátrica Luisa Márquez inició tratamiento de EPILEPCIA REFRATARIA; que se ordenó remisión a especialista en genética clínica y neurocirugía pediátrica en la clínica Imbanaco de la ciudad de Cali, Valle; igualmente se ordenó programa de dieta cetogénica para estabilizar la pérdida en el metabolismo del menor, posibilitando así una mejor calidad de vida, como también la disminución de las convulsiones.

También refiere que se acercó a las oficinas administrativas con el fin de radicar ordenamiento médico de solicitud de oxígeno, pero a la fecha no ha sido autorizado; que, con ocasión de los resultados del examen genético, el menor requiere de junta de especialistas en epilepsia de la Clínica Imbanaco, con el fin de definir el plan de manejo quirúrgico.

Indica además que requirió control con la Dra. Luisa Márquez, Neuróloga Pediátrica, pero fue remitida a valoración por teleconsulta con Neuróloga Pediátrica de la Clínica los Rosales, quien refiere no conocer del caso y transcribe los ordenamientos de la primera galena, sin tener en cuenta el interés y la recuperación del caso que estableció la doctora Márquez; que con lo anterior, en criterio de la accionante, se está dilatando la estabilidad del tratamiento, evidenciándose diferencia del plan terapéutico, plan de medicación y evolución cognitiva del niño.

Finalmente, hace alusión al plan de manejo del menor respecto a terapias físicas, fonoaudiológicas, ocupacionales, hídricas, las que fueron ordenadas por la neuróloga infantil y confirmadas por la genetista para el manejo neurocognitivo patogénico y además señala que los diagnósticos del menor corresponden a “Epilepsia refractaria, síndrome epiléptico relacionado con infección febril fires, retraso global del desarrollo, encefalopatía epiléptica”.

En ese orden de ideas, procedió a presentar la acción de amparo el pasado 24 de marzo, siendo admitida al día siguiente, y en la que se ordenó la vinculación de la IPS Clínica Los Rosales S.A., IPS Clínica Imbanaco de Cali S.A, IPS CGI Colombia S.A.S, IPS Gencell Pharma S.A.S y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

1. **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **IPS Clínica Imbanaco de Cali S.A**, por intermedio de su representante judicial, informó sobre respuesta de la doctora “Diana Ramírez Montaño” en la que se señala que el paciente es conocido por la especialidad de genética por cuadro de epilepsia, con resultado de varios estudios, que apunta a la importancia de mantener un manejo interdisciplinario del cuadro clínico del menor por grupo de epilepsia por considerarse un hallazgo poco frecuente que debe ser manejado por grupos que trabajan con casos similares, que incluyan neuropediatría, genética y cirugía de epilepsia “(Idealmente grupo de la clínica Imbanaco)”; indica que es recomendable valorar el caso en junta inicial con dichas especialidades para definir opciones terapéuticas con apoyo de seguimiento clínico por genética, para contribuir a la definición terapéutica en el caso. Agregó que tiene convenio vigente con Salud Total EPS y que el tema de la cobertura lo define el asegurador de acuerdo con la red prestadora de servicios.

**La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, a través de Abogado de la Oficina Asesora Jurídica señaló que no es su función, sino de las EPS, la prestación de los servicios de salud; que tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a éstas, las cuales, en la prestación de dicho servicio, pueden conformar libremente su red de prestadores.

Finalmente, solicitó negar el amparo por no vulnerar derechos fundamentales a la parte accionante y que en caso de que se acceda, no se comprometa la estabilidad del sistema de salud, ya que existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

La **IPS Gencell Pharma S.A.S**, por intermedio de la Directora de Calidad manifestó que es prestador de servicios de apoyo diagnóstico en Genética y Oncología para la EPS Salud Total y respecto al menor accionante, “*se le procesó el estudio Hibridación genómica comparada 750K, muestra tomada el 27 de octubre en la ciudad de Pereira y recepcionada en nuestras instalaciones el día 28 de octubre, con entrega de resultado el 10 de diciembre. Sin más que señalar*”.

**Salud Total EPS–S** a través de su Gerente, informó que realizaron la auditoría del caso a través de su equipo médico jurídico y en el análisis evidenciaron que al accionante le han autorizado todos los servicios de consulta de medicina general y especializada que ha requerido, así como el suministro de medicamentos, los exámenes diagnósticos y procedimiento terapéuticos para el manejo de su diagnóstico. Hizo referencia al agendamiento de citas en la IPS Instituto de Epilepsia y Parkinson de Pereira con especialistas en Neurología y Neurocirugía Pediátrica para el 08/02/2022, lo que indicó haber informado vía telefónica a la madre del menor. Igualmente, enlistó las citas que el menor tiene programadas en la precitada IPS para los días 31/03/2022, 04/04/2022, pero que no pudieron comunicárselas a la parte accionante vía telefónica, ya que no respondió ni dio la opción de dejar el mensaje. Relacionaron además las autorizaciones dadas por la EPS accionada de los medicamentos que requiere el actor DIETA CETOGENICA A BASE DE GRASAS RELACION 4:1 PARA EPILEPSI REFRACTARIA POLVO PARA RECONSTRUIR FRASCO/300 G (KETOVOLVE) para ser entregada en AUDIFARMA, con 5 NAPS futuros hasta el mes de julio de 2022, para reclamar 10 unidades por mes. También fueron autorizados CLOBAZAM TABLETA 10 MG, OXCARBAZEPINA EQ A (A G/00 ML) SUSPENSION ORAL 6% 100 ML, con NAP futuro para reclamar la misma cantidad el 19 de abril y uno ya utilizado el 1 marzo; FEOBARBITAL 100 MG TABLETA con NAP futuro para reclamar la misma cantidad el 22 de abril y uno vencido no utilizado el 21 de febrero; CANNABIDIOL SOLUCION ORAL 100 MG/ML/60 ML con 5 NAP futuros para reclamar la misma cantidad hasta julio, 2 unidades en cada entrega, y uno utilizado el 1 de marzo.

En lo atinente al suministro de viáticos y gastos de transporte para la atención de citas médicas que solicita la accionante, manifestó que se acoge al ordenamiento jurídico para el sistema de salud en el que no se contempla la cobertura, máxime cuando se refiere a tratamientos ambulatorios; que se debe comprobar la capacidad económica del accionante y que en este caso el menor no cuenta con orden médica que acredite la pertinencia del servicio solicitado.

Respecto a la atención integral, informó que ha garantizado la atención y suministro de todos aquellos servicios médicos asistenciales solicitados por los profesionales médicos adscritos a la red prestadora, por lo que la pretensión relacionada con este tipo de coberturas es infundada, por lo que solicita no acceder a esta pretensión, toda vez que la orden en este sentido, con carácter indefinido, se constituye en una mera expectativa.

Pide negar la acción de tutela por carecer de orden médica respecto al suministro de viáticos y transporte; por haber realizado las actuaciones en estricto cumplimiento de la normatividad; por operar la carencia actual de objeto por hecho superado en lo atinente a la autorización y programación de los servicios objeto de la tutela.

Finalmente, solicita que en el evento de acceder a lo pedido se ordene a la ADRES el pago de los costos por el reconocimiento de los servicios por fuera del plan de beneficios en salud.

Por su parte, ni la **IPS Clínica los Rosales S.A** y tampoco **la IPS CGI Colombia S.A.S** se pronunciaron frente a las pretensiones de la acción proteccionista interpuesta, a pesar de estar debidamente notificadas.

1. **SENTENCIA IMPUGNADA**

La a quo señaló en primera medida, que la EPS-S Salud Total al contestar la acción de tutela, manifestó que el menor ha sido atendido por esa entidad y que le ha suministrado los medicamentos, por lo que indicó que éste ya tenía la “DIETA CETOGENICA y los medicamentos autorizados”, y además relacionó las autorizaciones dadas en ese sentido. Lo anterior, significó que se declarara la carencia actual de objeto por hecho superado, en relación, a la entrega de los medicamentos requeridos por el menor para el tratamiento de su diagnóstico.

Ahora, respecto a la solicitud de ordenar a la accionada la autorización de la valoración de control del menor con la “*Dra LUISA MARQUEZ especialista neurología pediátrica con quien cuenta convenio en casos especiales y por tener sus diagnósticos*”, refirió que no se evidencia en la historia clínica anotación alguna en la que se indique o recomiende que la valoración que requiere el menor por la especialidad de Neurología Pediátrica deba ser con la referida profesional.

Frente a ese punto, adujo que la Corte Constitucional se ha pronunciado acerca del derecho a la libre escogencia de IPS por parte del usuario y el derecho de la EPS a escoger con qué IPS contratar al señalar que la “*libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno”*. Así pues, denegó la protección constitucional implorada respecto a la cita específica de control por la especialidad de neurología pediátrica, amén de que no se acreditó que la EPS tuviera convenio o contrato con la citada profesional.

Respecto a la solicitud de autorización de junta de especialistas en epilepsia en la IPS Clínica Imbanaco de Cali SA, la operadora judicial manifestó que dicha entidad al dar respuesta a la acción de tutela, transcribió respuesta de la Genetista Médica Diana Alexandra Ramírez Montaño, profesional de esa IPS y con la que el pasado 25 de enero tuvo consulta de atención el menor accionante, en la que ésta indica entre otros aspectos que “*Se ha considerado que el hallazgo de esta deleción dada su clasificación patogénica, corresponde al diagnóstico etiológico del cuadro de Joaquín, por lo cual se ha insistido en la importancia de mantener un manejo interdisciplinario del cuadro clínico del menor por grupo de epilepsia por considerarse un hallazgo poco frecuente que debe ser manejado por grupos que trabajan con casos similares. este grupo interdisciplinario debe incluir neuropediatría, genética y cirugía de epilepsia (idealmente grupo de la clínica Imbanaco), se recomienda valorar caso en junta inicial con estas especialidades para definir principalmente opciones terapéuticas*”. Por lo anterior, se ordenó a Salud Total EPS-S, para que convoque a la misma en la IPS Clínica Imbanaco de Cali SA o cualquier otra IPS con la que tenga convenido para ese fin.

Por otra parte, hizo hincapié en que el transporte para el menor y su acompañante deber ser garantizado, toda vez que se le debe proporcionar el acceso físico a los servicios de salud prescritos por su médico tratante y autorizados por la EPS accionada en un lugar diferente a su **residencia que es Dosquebradas**, lo que según las reglas plasmadas por la Resolución 2922 de 2021 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional estarían cubiertas con cargo al sistema; y si bien por ser área metropolitana los servicios de transporte entre los dos municipios es urbano, lo cierto es que no cuentan con capacidad económica, por consiguiente, Salud Total EPS-S tiene obligación de cubrir los gastos que implica dicho desplazamiento.

Finalmente, consideró que no es procedente el tratamiento integral, pues si bien está probado que el accionante es sujeto de especial protección constitucional, debido a que se trata de un menor de edad, de las pruebas allegadas al expediente se evidencia que la EPS accionada ha garantizado la continuidad en la prestación del servicio de salud del menor, según los servicios prescritos por el médico tratante, es decir, no se evidencia omisión en la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos que impidan el acceso del menor a sus tratamientos, por lo que se le vienen atendiendo sus afecciones.

1. **IMPUGNACIÓN**

El gerente de Salud Total EPS-S impugnó la sentencia proferida en primera instancia y en consecuencia solicita que se revoque el alcance del fallo de tutela, pues el suministro de gastos de transporte y viáticos ordenados no hacen parte de las coberturas del Plan de Beneficios en Salud, así como tampoco, los servicios de carácter médico, toda vez que, carecen de orden vigente de profesional médico tratante vinculado con la accionada.

Para sustentar lo anterior, aduce que su representada no puede entrar a suministrar los transportes solicitados por no tratarse de servicios de la salud y por no estar cubiertas por el plan de beneficios de salud, precisamente porque no son servicios de salud, estando frente a una indebida destinación de los recursos públicos, correspondiéndole a la protegida solventar con los reclamos aducidos.

Afirmó que como administradores del Sistema de Salud se debe velar por la correcta destinación de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo plenamente conocido que se encuentra en déficit en dicho sistema y que se están haciendo esfuerzos enormes por parte del Gobierno y de los actores del Sistema para sacarlo adelante y evitar los abusos que se comenten, sobre todo con este tipo de acciones de tutela.

Asimismo, informó que el protegido no cuenta con orden médica que acredite la pertinencia del servicio solicitado, para lo cual citó lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 en su artículo 2 que sostiene:

“ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

(…) c. SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.”

Finalmente, asevera que la actora no aportó fórmula médica vigente de profesional médico vinculado con Salud Total EPS-S que soporte la pertinencia de su atención, es por ello, que en aplicación del principio onus probandi incumbit actori, no se podrá ordenar la entrega de los servicios reclamados, más allá de lo formulado por el médico tratante.

Como fundamento de lo anterior, trajo a colación lo expuesto en la sentencia SU–480 de 1997 en la que se declaró que una E.P.S. debe prestar los tratamientos prescritos a los pacientes por los médicos tratantes contratados o adscritos a las mismas. “*Quiere decir lo anterior que la relación paciente -EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar.”*

**5. CONSIDERACIONES**

* 1. **Problema jurídico para resolver**

El problema jurídico se circunscribe a determinar si existen orden médica y/o la necesidad de que el menor sea tratado con especialistas médicos en la Clínica Imbanaco de la ciudad de Cali. En caso positivo, se analizará si la EPS-S Salud Total está vulnerando los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y la integridad física al negarle el pago de los gastos de transporte y los viáticos que requiere el menor y su acompañante para asistir a sus terapias cuatro veces por semana a la ciudad de Cali.

* 1. **Presupuestos generales de procedencia**

Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto-Ley 2591 de 1991, a fin de determinar la procedencia de la Acción Constitucional de Tutela, se deben atender los siguientes elementos: (i) la legitimación en la causa (activa y pasiva); (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiariedad.

**5.2.1. Legitimación por activa.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo para reclamar la protección de los derechos fundamentales que han sido vulnerados o se encuentran amenazados. Esta puede ser formulada por el afectado directamente, o a través de un tercero que asuma la representación y la agencia de sus intereses ante el juez constitucional.

Sin embargo, no todas las personas en cualquier situación pueden promover acciones de tutela en nombre de otras. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que cuando esta no se promueve por el titular de los derechos cuya protección se reclama únicamente puede ser formulada por: (i) su representante legal; (ii) su apoderado judicial; (iii) su agente oficioso y; (iv) el Defensor del Pueblo o los personeros municipales.

En la presente acción constitucional se cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa, teniendo en cuenta, que la señora Lizeth Andrea Peñaranda Pinto adujo haber interpuesto el amparo para proteger los derechos de su hijo, quien siendo menor de edad, se encuentra representado legalmente por sus padres.

**5.2.2. Legitimación por pasiva**.  Según lo establecido en los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad o un particular, en los casos determinados por la ley, cuando se les atribuye la vulneración de un derecho fundamental. Puntualmente, el numeral 2 del artículo 42 señala que la tutela procede *“cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud”.*

En el caso concreto la EPS-S Salud Total se encuentra legitimada por pasiva en el trámite de la tutela, al tratarse de una persona jurídica encargada de prestar los servicios públicos de salud y formar parte del Sistema General de Seguridad Social. Análogamente, es la entidad a quien se atribuye el financiamiento de los servicios de transporte y viáticos del menor J.M.P. y su acompañante.

**5.2.3. Inmediatez.** La Corte Constitucional ha reiterado que uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. De este modo, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, esto es, que no tiene término de caducidad, su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo, bajo el entendido de que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados.

En atención a lo expuesto la Sala advierte que el presupuesto de inmediatez está acreditado en este caso, por cuanto, según la madre del menor, la situación generadora de la vulneración de los derechos fundamentales tuvo lugar 06 de diciembre de 2021, fecha en la que elevó petición formal ante Salud Total EPS-S solicitando que se hiciera cargo de sufragar los gastos de transporte o viáticos para su hijo y su acompañante con el fin de asistir a las terapias programadas en el Instituto CGI Colombia IPS ubicado en el municipio de Pereira. Posteriormente, el 24 de marzo del 2022 la madre del menor interpuso la acción proteccionista en contra de diversas entidades y en las que se encuentra inmersa Salud Total EPS-S por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de su hijo. Así las cosas, trascurrió alrededor de cuatro meses entre la solicitud elevada a la entidad promotora de salud y la presentación de la acción de tutela. En consecuencia, la Sala considera que este lapso es razonable y proporcionado, por lo tanto, tiene acreditado el requisito de inmediatez.

**5.2.4. Subsidiariedad**

 Los artículos 86 de la Constitución y 6º del Decreto 2591 de 1991 establecen que la procedencia de la acción de tutela está condicionada al principio desubsidiariedad. Este autoriza su utilización en tres hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relativo a la afectación de un derecho fundamental; (ii) el mecanismo existente no resulte eficaz e idóneo; y (iii) la intervención transitoria del juez constitucional sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En el segundo supuesto, la Corte sostiene que para determinar si los medios de defensa judicial que existen son eficaces es necesario revisar *“que los mecanismos tengan la capacidad para proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona”.*En especial, resulta imperativo verificar si el reclamo de quien merece especial protección constitucional puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por la vía ordinaria, o si por su situación particular, no puede acudir a dicha instancia.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, esa Corporación ha indicado que existe flexibilidad respecto de dicha exigencia. Así, en tales casos el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que este se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones. En este sentido, la jurisprudencia constitucional expresa cómo el juez debe hacer una evaluación más amplia del requisito de subsidiariedad, así:

*“debe valorar las condiciones específicas del beneficiario del amparo, por cuanto la presencia de sujetos de especial protección constitucional como los niños y niñas, las personas que padecen alguna discapacidad, las mujeres embarazadas y los adultos mayores, entre otros, flexibiliza el examen general de procedibilidad de la acción, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional”.*

Respecto a las acciones de tutela en donde se pretende el suministro de prestaciones médico-asistenciales, la Sentencia T-425 de 2017 definió que, para determinar si la acción de tutela desplaza la competencia jurisdiccional asignada a la Superintendencia Nacional de Salud, se debe llevar a cabo un estudio de cada caso con el fin de determinar:

*“(i) si existen circunstancias que ponen en riesgo los derechos a la vida, a la salud o la integridad de las personas que solicitan la protección de sus derechos fundamentales y (ii) si el mecanismo para garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social es idóneo y eficaz”.*

Sin embargo, en diferentes sentencias de Sala de Revisión y, particularmente, en la Sentencia SU-508 de 2020, la Corte ha concluido que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud tiene falencias estructurales que desvirtúan su carácter idóneo y eficaz.

De este modo, la jurisprudencia señala que esta institución es incapaz de cumplir los términos establecidos por la ley para proferir decisiones. Además, ha determinado que la mencionada Superintendencia carece de capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se presentan fuera de Bogotá. Por lo tanto, esa Corporación tiene claro que el agotamiento de la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud no constituye un requisito ineludible para satisfacer la subsidiariedad de la acción de tutela.

A partir de estas consideraciones, la Sala concluye que el agenciado no cuenta con un mecanismo eficaz e idóneo para salvaguardar sus derechos a la vida, integridad y a la salud y por lo tanto se cumple el principio de subsidiariedad.

**5.3. El derecho a la salud.**

El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 superior y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana, la integridad personal y la seguridad social, entre otros.

En numerosas oportunidades[[1]](#footnote-1) y ante la complejidad de los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas principales: por un lado, su reconocimiento como derecho fundamental y, por el otro, su carácter de servicio público.

En aras de asegurar la eficacia del derecho a la salud en todas sus dimensiones fue expedida la Ley Estatutaria 1751 de 2015. Esta normativa consagró el derecho a la salud como: (i) fundamental y autónomo; (ii) irrenunciable en lo individual y en lo colectivo; y (iii) un servicio público esencial obligatorio que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Además, la ley estatutaria estableció una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud. Entre estos se encuentran los siguientes: universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad [[2]](#footnote-2)*.*

Uno de los principios que rigen la atención en salud es el de integralidad. Este se refiere a la necesidad de que los agentes del sistema encargados de la prestación de sus servicios, los autoricen, practiquen y entreguen en su debida oportunidad. Este último aspecto debe verificarse de conformidad con lo que el médico estime pertinente para atender el diagnóstico del paciente.

La jurisprudencia[[3]](#footnote-3) ha señalado que el principio de integralidad garantiza la prestación de servicios y tecnologías de manera digna. En ese sentido, se persigue que los usuarios superen sus afectaciones de salud manteniendo su integridad y dignidad personal. Así las cosas, este principio envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad.

**5.4 Transporte, alimentación y viáticos como garantía de acceso a los servicios de salud.**

Se ha determinado que el transporte y viáticos de un paciente, no constituye un servicio médico; no obstante, obedece a un elemento de acceso efectivo a los servicios de salud, que al restringirse por la EPS provoca la interrupción de las garantías mínimas del paciente.

La jurisprudencia Constitucional, ha reconocido el principio de accesibilidad como elemento fundamental del derecho a la salud, en la medida que de no existir dicha garantía no podrá entonces hablarse de un servicio en salud ininterrumpido y de calidad. Dijo esa Alta Corporación:

*“Esta Corporación ha señalado que las entidades promotoras de salud están llamadas a garantizar el servicio de transporte, 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. (Sentencia T-228 de 2020 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez).*

De esta forma, se advierte que se entiende incluido el servicio de transporte dentro del Plan de Beneficios en Salud, cuando es la misma EPS, quien autoriza el servicio **fuera del municipio o ciudad de residencia** y, por tanto, debe asumir los gastos que esto implique.

Ahora bien, el servicio de transporte y viáticos no podrá estar sujeto a orden expresa del médico tratante, ya que su función es la de recomendar los tratamientos y procedimientos a seguir, más no autorizarlos; función que está a cargo exclusivamente de la EPS, quien, a su vez, a partir de ese momento determina el lugar de la prestación del servicio. Por lo dicho, no es necesario que el usuario demuestre su falta de capacidad económica, pues la EPS está obligada a prestar el servicio de **transporte intermunicipal** dado que este asegura el acceso a los servicios que requiere, tal como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia T-122 de 2021, así:

*“De esta forma, la Sala Plena unificó su criterio en el sentido de que cuando un usuario del Sistema de Salud debe desplazarse de su municipio o ciudad de residencia para acceder a un servicio de salud ambulatorio que requiere y está incluido en el plan de beneficios vigente, pues la EPS autorizó la prestación de tal servicio en una institución prestadora por fuera de dicho municipio o ciudad, la EPS debe asumir el servicio de transporte, por cuanto no hacerlo podría equivaler a imponer una barrera de acceso al servicio. Este servicio de* ***transporte intermunicipal*** *para paciente ambulatorio no requiere prescripción médica porque es después de la autorización de la EPS (que sigue a la prescripción) que el usuario sabe en dónde exactamente le prestarán el servicio ordenado por su médico. Por eso, el cubrimiento del servicio de* ***transporte intermunicipal es responsabilidad de la EPS*** *desde el momento en que autoriza la prestación del servicio de salud en un municipio distinto a aquél donde vive el usuario. Adicionalmente, la Corte Constitucional aclaró, en la misma Sentencia SU-508 de 2020, que no es exigible que el usuario pruebe la falta de capacidad económica para que la EPS esté obligada a asumir el servicio de transporte intermunicipal, dado que este es un servicio financiado por el Sistema de Salud para asegurar el acceso a los servicios que requiere.” (T-122/21 MP. Diana Fajardo Rivera). (Negrilla fuera de texto).*

En el mismo sentido, pueden presentarse casos, en los que el usuario requiera ser asistido a causa de su estado de salud, indefensión o condición de incapacidad por un tercero y esta razón, no debe ser un obstáculo para garantizar el acceso oportuno al servicio requerido.

En ese orden, la entidad debe proporcionar una atención integral, para el paciente y su acompañante, de forma diligente y oportuna evitando obstáculos meramente administrativos y económicos.

**5.5 Traslado de pacientes en servicio de ambulancia a municipio o en ciudad diferente al de su residencia.**

Se ha advertido, que tanto los gastos de desplazamiento generados por la remisión de un paciente a **municipio o ciudad diferente al lugar de su residencia**, como su traslado, están a cargo de la entidad que autoriza tal servicio; para la última, siempre y cuando se configuren ciertos presupuestos: 1. Se certifique la urgencia en la atención y, 2. 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 en su lugar de residencia, por disposición de las Resoluciones 5261 de 1994 y 5521 de 2013.

Ahora, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 121 de la Resolución 2481 de 2020, el traslado de pacientes podrá realizarse por medio de transporte especializado, como ambulancia terrestre, área o acuática, dentro del territorio nacional con base en el estado de salud del paciente o según recomendación médica.

**5.6 Sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en salud.**

La sostenibilidad fiscal es un instrumento para alcanzar de manera progresiva, los fines del estado social de derecho, consagrada en el inciso 3º del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia.

Advierte la Corte que el equilibrio financiero, garantiza la viabilidad del sistema y, por tanto, su permanencia en el tiempo, por consiguiente, el desequilibrio e inestabilidad generaría repercusiones negativas en los usuarios, lo que iría en contra de los mandatos constitucionales. Ahora bien, las implicaciones económicas de garantizar el derecho a la salud se analizaron por la Corte Constitucional en la sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo:

*“(…) para la viabilidad de cualquier modelo de salud, es necesario tener en cuenta, principalmente, los componentes de financiamiento y sostenibilidad.”*

Por esa razón en la Ley 1751 de 2015, “Por Medio de la Cual se Regula el Derecho Fundamental a la Salud y se Dictan Otras disposiciones”, en su artículo 6 señala los principios cardinales del sistema de salud, los cuales, racionalizan la destinación de los recursos públicos para financiar el acceso a la salud. En este sentido, se hace mención del principio de sostenibilidad del sistema de salud, en virtud del cual el Estado debe disponer de los recursos necesarios y suficientes para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud, de manera que, sea sostenible económicamente garantizar el goce del derecho.

En este entendido, el principio de sostenibilidad financiera es un instrumento que genera un equilibrio frente a las cargas públicas, por cuando las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud deben asegurar el cubrimiento de lo que se encuentra incluido en el plan de beneficios, por cuanto el sistema de salud no es absoluto, y por eso la protección del derecho a la salud se debe hacer dentro del marco de la Ley 1751 de 2015, haciendo un uso racional de los recursos del sistema.

**5.7. Caso concreto**

En el caso bajo estudio, se encuentra acreditado bajo los presupuestos fácticos, que el menor J.M.P., fue diagnosticado con “G403 epilepsia y síndromes epilépticos idiopáticos generalizados” [[4]](#footnote-4), o, en otras palabras, con “Epilepsia refractaria, síndrome epiléptico relacionado con infección febril fires, retraso global del desarrollo, encefalopatía epiléptica”.

Por el motivo anteriormente expuesto, el médico tratante ordenó que realizara terapia[[5]](#footnote-5) física, ocupacional, fonoaudiología e hídrica en el Instituto CGI Colombia IPS ubicado en el municipio de Pereira, terapias que, según la actora, se llevan a cabo en un lugar muy lejano al de su residencia, situación que es desgastante para el menor y, a su vez, no cuenta con los recursos económicos para su desplazamiento; no obstante, Salud Total, niega la solicitud de los gastos de transporte y viáticos para su desplazamiento.

La jueza de primera instancia concedió parcialmente el amparo de los derechos solicitados, ordenando a SALUD TOTAL EPS-S básicamente dos cosas: i) que convoque una junta médica con especialistas en la IPS Clínica Imbanaco de Cali SA o cualquier otra IPS con la que tenga convenido para ese fin. ii) Que suministre el pago de transporte ida y regreso que el menor requiriera junto con su acompañante, para asistir a las múltiples terapias ordenadas por el médico tratante, por cuanto el menor reside en municipio de **Dosquebradas** y es de bajos recursos económicos.

Salud Total impugnó la decisión anterior bajo dos argumentos: a) que el suministro de gastos de transporte y viáticos no hacen parte de las coberturas del Plan de Beneficios en Salud; b) que los servicios de carácter médico ordenados carecen de orden vigente de profesional médico vinculado con la accionada.

Respecto del primer punto (transporte y viáticos), revisado el expediente la Sala observa que el menor J.M.P. requiere de manera urgente las terapias físicas, ocupacionales, fonoaudiología e hídrica ordenada por los médicos tratantes, dadas las condiciones de salud en las que se encuentra según descripción clínica, por lo que es forzoso tratar de manera inmediata la enfermedad que padece, pues en caso contrario la espera injustificada podría comprometer su calidad de vida y su vida misma.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a las Entidades Promotoras de Salud les corresponde asumir el **servicio de transporte** **intermunicipal** con cargo a la UPC básica, esto es, cuando el tratamiento médico debe realizarse en otro municipio, puesto que el transporte se convierte en una condición para acceder al servicio de salud.

En el caso concreto, no puede perderse de vista las siguientes circunstancias del niño J.M.P.: i) que se trata de un **menor de edad, protegido constitucionalmente, que tiene un grave estado de salud;** ii) **no cuenta con recursos económicos como se desprende de su pertenencia al sistema subsidiado de salud;** iii) de la historia clínica, del relato de la demanda de tutela y las contestaciones de la demanda, se puede inferir que las terapias ordenadas por los médicos tratantes se deben realizar en diferentes ciudades del país, como por ejemplo en Manizales, Cali y en Pereira, **de manera que la EPS debe garantizar el transporte intermunicipal para el niño y su acompañante**, **tal como se ordenó en primera instancia**. Y si bien, los municipios de Pereira y Dosquebradas (donde reside el menor) son contiguos y pertenecen al Área Metropolitana de Centro Occidente, lo que en principio conllevaría a denegar el servicio de transporte entre Dosquebradas y Pereira, en el presente caso, dadas las condiciones socio económicas del menor y la gravedad de su patología, la Sala encuentra razonable la orden de que la EPS asuma el costo del transporte para el menor y su acompañante cada vez que aquél requiera un servicio médico fuera del municipio de Dosquebradas.

Respecto del segundo punto (falta de orden de médico adscrito a la EPS), baste decir que todas las terapias que se le han ordenado al menor han sido prescritas por los médicos adscritos a las IPS contratadas por la propia EPS y autorizadas por ésta, de manera que no puede ahora, sacar una barrera administrativa para negar el servicio que hace rato se le ha suministrado al menor.

Bajo este panorama, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO****: CONFIRMAR** la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira del día 05 de abril de 2022 por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la decisión a las partes por el medio más eficaz.

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de Julio de 2020.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

1. Sentencias T-760 de 2008, T-126 de 2015 y la T-593 de 2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencias T-612 de 2014, T-499 de 2014 y la T-126 de 2015. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencias T-171 de 2018 y T-019 de 2019. [↑](#footnote-ref-3)
4. Expediente de primera instancia, documento 01, folio 17. [↑](#footnote-ref-4)
5. Expediente de primera instancia, documento 01, folio 18. [↑](#footnote-ref-5)