REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veinticinco (25) de septiembre de dos mil doce (2012)

Aprobado por Acta No.549
Hora: 8:30 a.m

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por la señora MAY LUZ AGUDELO YANTEN como agente oficiosa de su menor hijo **JOSÉ MANUEL AGUDELO YANTEN** contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, con ocasión de la acción de tutela instaurada en contra la Asociación Mutual la Esperanza "ASMET SALUD" ESS EPS-S con sede en esta ciudad.

2.- DEMANDA

En el escrito de tutela la madre del menor **JOSÉ AGUDELO** manifestó que la Asociación Mutual la Esperanza "ASMET SALUD" ESS EPS-S se encuentra vulnerando sus derechos fundamentales a la *salud y vida digna*, en razón a lo siguiente:

Informó la señora MAY LUZ AGUDELO que acudió ante el juez de tutela a efectos de obtener una orden para que la Asociación Mutual la Esperanza "ASMET SALUD" ESS EPS-S le suministrara a él y a un acompañante los

viáticos que involucran transporte, alimentación y alojamiento de ser necesarios, para acudir a la ciudad de Cali (Valle), lugar donde se le asignó una cita para un servicio de salud por la especialidad en *Otología* de la Clínica para Niños Ciegos y Sordos de esa ciudad, a efecto de realizar intervención el 24-08-12 a partir de las 3:30 p.m., ello debido a un problema de *Otitis Media Supurativa Crónica Aticoantral* que le fue diagnosticada.

Además advirtió que no cuenta con ingresos económicos y se dedica a las labores del hogar.

3.- TRÁMITE Y FALLO

3.1.- Una vez admitida la tutela, la juez de primera instancia corrió traslado de la misma a la Asociación Mutual la Esperanza "ASMET SALUD" ESS EPS-S, y dentro del término oportuno la representante de la entidad involucrada hizo uso de su derecho de contradicción y argumentó: (i) el menor **JOSÉ AGUDELO** se encuentra afiliado a esa entidad y los servicios de salud han sido cubiertos de manera integral, tanto así que la cita por valoración *otológica* se programó para el 12-09-12; no obstante, tratándose del transporte la norma solo contempla su traslado para pacientes hospitalizados entre IPS, en virtud de su estado de salud; (ii) alude al Acuerdo 029-11 -artículo 43- para decir que su reconocimiento está sujeto a la dispersión geográfica con cargo a una prima adicional para servicio de transporte diferente a la ambulancia, cuya cubrimiento no cobija al Departamento de Risaralda, por lo que el valor de transporte que se reclama no hace parte de las atenciones en salud que la EPS está obligada a brindar; y (iii) se trata de una prestación que no puede ser cubiertas con cargo al Fosyga o al ente Territorial, excepto las definidas en la norma.

3.2.- El juez de primera instancia abordó la cuestión y puso de presente el precedente constitucional en el cual se ha reconocido que la vida comprende el respeto a la dignidad humana, y por ello una afectación de la salud que altere la vida en condiciones dignas debe ser protegida mediante

el mecanismo constitucional de la tutela. El análisis giró en torno a los siguientes temas esenciales: (i) *el derecho fundamental a la salud de un menor de edad*, en el cual recordó que la convención sobre los derechos de los niños adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20-11-89 y aprobada por el Congreso de la República, mediante la Ley 12 de 1991, establecen una serie de criterios y matices que constituyen el mínimo necesarios para la supervivencia y desarrollo de la infancia; (ii) *el cubrimiento del transporte y la estadía como medio para acceder a un servicio de salud*, punto con relación al cual mencionó el Acuerdo 028 de diciembre de 2009 -CRES-, por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en su artículo 4°, el que textualmente expresa: "transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluido en el POS o POS-S según el caso, no disponible en un municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las UPC respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca", es decir, que a partir del 01-01-10 el servicio de transporte o traslado de pacientes se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, y por ello el despacho decide conceder el amparo solicitado, y finalmente (iii) se refirió a los temas del tratamiento integral y del recobro.

4.- IMPUGNACIÓN

En término el representante de la Asociación Mutual la Esperanza "ASMET SALUD" ESS EPS-S recurrió el fallo y sobre los motivos de inconformidad adujo: (i) con las apreciaciones del juez de instancia se está generando un desequilibrio financiero en los dineros del Régimen Subsidiado en Salud que administran, en razón a que se ha negado la posibilidad en el recobro de los gastos por cubrir por el traslado del usuario con acompañante; (ii) los traslados solo proceden de manera específica en los casos contenidos en el Acuerdo 029-11; (iv) en el presente caso, los viáticos no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado; y (v) los servicios ordenados en el fallo de tutela no son considerados en salud, puesto que no están

contemplados por la normativa vigente para los fines solicitados, lo cual afecta el patrimonio de la entidad y sería objeto de investigaciones por parte de la Contraloría, la Procuraduría y la Superintendencia Nacional de Salud, al estar autorizando servicios NO POS-S respecto de los cuales no podría adelantarse acción de recobro.

|

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas de esta ciudad, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

5.1.- Problema jurídico planteado

De acuerdo con las manifestaciones hechas por la representante de la Asociación Mutual la Esperanza “ASMET SALUD” ESS EPS-S, corresponde al Tribunal determinar el grado de acierto o desacierto contenido en el fallo opugnado y si la decisión consultó o no las disposiciones legales y la jurisprudenciales relativas a los debates surgidos con ocasión de la solicitud realizada por el actor.

5.2.- Solución a la controversia

La acción de tutela es instrumento válido para que los ciudadanos acudan ante cualquier juez en procura de hacer respetar los derechos fundamentales cuando resulten afectados o vulnerados, siempre y cuando no haya otro medio de defensa judicial al que se pueda recurrir o de existir éste se trate de evitar un perjuicio irremediable caso en el cual la tutela procede de manera transitoria.

Esta acción constitucional ha sido la forma más efectiva de materializar los derechos fundamentales de las personas, por ello mismo está atada a unos requisitos legales y constitucionales que la designan como residual y subsidiaria[1].

Como quiera que el disenso presentado por la representante legal de la Asociación Mutual la Esperanza "ASMET SALUD" ESS – EPS-S se centra en lo atinente a la orden emitida para que se cubran los gastos de desplazamiento y estadía del menor y su representante, es imperativo mencionar desde ahora, que el Tribunal observa que la determinación adoptada por el señor juez de primer grado es respetuosa de los más caros principios constitucionales que señalan la obligación del Estado y por supuesto de las entidades que lo integran -entre las cuales obviamente se encuentra "ASMET SALUD" ESS EPS-S-, de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales mediante la protección de la honra, vida y bienes de las personas, al punto que destaca como fines del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, según se ordena en el artículo 2º de la Carta.

En ese orden de ideas, el juez constitucional en sede de tutela luego de confrontar la situación fáctica puesta de presente por la accionante, con los argumentos vertidos por la entidad accionada, debe forzosamente colegir que las razones esgrimidas para no autorizar los gastos de desplazamiento del paciente y de su acompañante no pueden ser de recibo, precisamente por contravenir mandatos superiores como los que se han mencionado.

No puede estar supeditada la atención de una necesidad tan importante y vital como lo es el diagnóstico de *Otitis Media Crónica Perforada*, a la aplicación exegética de una norma -Acuerdo 028 de 2009-, aunque valga aclarar que el juez de primer nivel erró al citar como referente ese Acuerdo habida

---

[1] Artículo 86 Constitución Política de Colombia.

consideración a que perdió vigencia por haber sido derogado por el Acuerdo 029-11; no obstante, en lo que respecta a los gastos de transporte del afiliado, continúan contemplados de forma expresa en el nuevo Acuerdo de diciembre de 2011 -CRES-, pero en esta ocasión en los artículos 42 y 43.

En el caso concreto se tiene establecido: (i) que el menor **JOSÉ MANUEL AGUDELO YANTEN** cuenta apenas con 11 años de edad; (ii) que padece una enfermedad incapacitante denominada *Otitis Media Supurativa Crónica Aticoantral + Perforación Central de la Membrana Timpánica*, con posible manejo quirúrgico; y (iii) que se encuentra afiliado en el SISBEN 1, como situación que supone que su familia carece de los recursos económicos suficientes para asumir un traslado a otra ciudad, a lo cual se une el hecho de que su señora madre está dedicada a las labores del hogar, sin trabajo adicional que le permita percibir algún ingreso. Ello, en aplicación de la libertad probatoria y al principio de buena fe a las afirmaciones de la actora no desvirtuadas por su EPS-S.

De ese modo, si se mira con detenimiento el caso particular de los actores, hay lugar a asegurar que es indebida la denegación del tratamiento que la patología del menor requiere y resulta comprensible la conclusión a la que arribó el *a quo* pese haber tomado como sustento una norma derogada, en vista de tratarse de una persona perteneciente a un grupo especial, que padece una enfermedad delicada, y que su familia no cuenta con la capacidad económica necesaria para sufragar los costos de traslado y estadía. Lo dicho, con mayor razón si se sabe la condición de menor de edad implica necesariamente el acompañamiento de un adulto, y que la jurisprudencia ha sido reiterativa acerca de que "*los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, lo que quiere decir que tratándose de menores no es necesario demostrar su conexidad con otro derecho fundamental. Igualmente requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez*

constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados: (T-170/10, T-003 de 2005, T-179 de 2000)

Nótese además, que los traumatismos a los que hemos aludido, no se presentarían si la atención que el paciente requiere se le ofreciera en esta misma ciudad por parte de la EPS-S, lo que indica que es precisamente la entidad obligada la que ha dado lugar a la dificultad señalada; y, por consiguiente, es apenas natural que se establezcan los correctivos pertinentes para minimizar el impacto que tales determinaciones tienen sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta.

Concretamente en relación con el *cubrimiento del desplazamiento del enfermo y su acompañante* a otra ciudad, la Corte ha señalado que en principio constituye una carga que debe asumir el paciente y su familia; sin embargo, el juez de tutela con el fin de materializar la protección de los derechos a la vida y salud, y cuando esté probada la falta de recursos económicos, puede hacer recaer dicha obligación en la entidad prestadora del servicio. En la sentencia T-900 de 2002[2], se expuso:

> "Pero ¿qué pasa cuando está probada la falta de recursos económicos del paciente o de los parientes cercanos y la negativa de la entidad prestadora de salud, en cuanto a facilitar el desplazamiento desde la residencia del paciente hasta el sitio donde se hará el tratamiento, la cirugía o la rehabilitación ordenada, y esta negativa pone en peligro no sólo la recuperación de la salud, sino vida o la calidad de la misma del afectado?
>
> **En estos casos, debidamente probados, es cuando nace para el paciente el derecho de requerir del Estado la prestación inmediata de tales servicios, y, correlativamente, nace para el Estado la obligación de suministrarlos, sea directamente, o a través de la entidad prestadora del servicio de salud.** Esto obedece al carácter de derecho fundamental y no meramente prestacional, que la salud puede adquirir. Para los efectos de la obligación que se produce en cabeza del Estado, es

[2] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Cft. sentencias T-099 de 2006, T-062 de 2006 y T-567 de 2002.

indiferente que el afectado se encuentre en el régimen contributivo o subsidiado".

En lo que hace a la orden para el recobro, entiende esta Magistratura que los gastos de transporte referidos en el Acuerdo 029 de diciembre de 2011 -CRES-, no están propiamente determinados para cualquier tipo de traslado de paciente ambulatorio, en atención a que su reconocimiento económico es procedente únicamente para los Departamentos donde exista "dispersión geográfica", y su finalidad consiste en que la entidad recupere la inversión realizada puesto que el mismo artículo indica que "será cubierto con cargo a la prima adicional de las UPC respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca". En ese específico sentido la Comisión de Regulación en Salud emitió el Acuerdo No. 030 del 28 de diciembre de 2011, por medio del cual se fijó el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para el año 2012, en el cual se prescribe: *"Artículo octavo.- Reconocer para el año 2012, una prima adicional del 11,47 % a la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado (UPC-S) de los Departamentos de Amazonas, Arauca, Casanare, Caquetá, Chocó, Guajira, Guainía, Guaviare, Meta, Putumayo, San Andrés y Providencia, Sucre, Vaupés, Vichada y de la región de Urabá. Se exceptúan de este valor las ciudades de Arauca, Florencia, Riohacha, Sincelejo, Villavicencio, Yopal y sus respectivas áreas de influencia, en las cuales se aplicará la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado (UPC-S) fijada en el artículo séptimo del presente Acuerdo"*.

Como puede apreciarse, la regulación atinente a esta materia exceptúa los Departamentos de la región cafetera incluido por supuesto Risaralda.

Ahora bien, como es sabido, en pro de asegurar el equilibro financiero como principio rector de la Seguridad Social, la Alta Corporación Constitucional ha determinado, en cuanto al servicio de salud propiamente dicho se refiere, que el juez de tutela tiene la alternativa de proteger efectivamente los derechos fundamentales de aquel que solicita el amparo, y para ello puede autorizar a la administradora del régimen subsidiado correspondiente que gestione, ella

misma, la prestación del tratamiento, la práctica del procedimiento o el suministro de los medicamentos requeridos por el paciente, caso en el cual queda autorizada para repetir, bien contra el FOSYGA, ora contra la Secretaría de Salud Departamental o Distrital respectiva (artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001).

No obstante, lo que acontece con los servicios de transporte y viáticos, que es la situación que aquí nos concita, la situación es diferente, como quiera que, según ya se advirtió, éstos no corresponden a un servicio de salud sino a una prestación concurrente que se encuentra incluida en el POS unificado, y en tal sentido el órgano de cierre constitucional se inclina para que su recobro sea a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía "FOSYGA", y no con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto; es decir, que el recobro ya no debe hacerse al ente territorial que estaría habilitado única y exclusivamente en temas exclusivos de la salud, sino directamente al FOSYGA.

En atención a todo lo expuesto, se concluye que el numeral segundo de la providencia impugnada debe ser confirmado, para asegurar la continuidad del servicio de salud del usuario; empero, hay lugar a modificar el numeral cuarto de la parte resolutiva del fallo de primera instancia para que la Asociación Mutual la Esperanza "ASMET SALUD" ESS EPS-S tenga la posibilidad de ejercer el recobro ante la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía "FOSYGA".

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

PRIMERO: SE MODIFICA el numeral cuarto de la parte resolutiva de la providencia de primera instancia, en el sentido que la Asociación Mutual la Esperanza "ASMET SALUD" ESS EPS-S está en el derecho de ejercer el recobro ante la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía "FOSYGA", y no ante la Secretaría de Salud Departamental o ente territorial.

SEGUNDO: En todo lo demás, la sentencia de primer grado **SE CONFIRMA**.

Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ