**Providencia:** Tutela del 7 de julio de 2016

**Radicación No.:** 66594-31-89-001-2016-00105-01

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** Dolly Ibarra Chiquito Representante legal de Nicolás Ibarra Chiquito

**Accionado:** Asmet Salud EPS-S

**Juzgado de origen:** Único Promiscuo del Circuito de Quinchía

**Tema:**

**Derecho a la salud:** “(…) la salud es la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, ello porque el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías -aún cuando no tengan el carácter de enfermedad- afectan esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal.”[[1]](#footnote-1)

**Principio de integralidad: “**Lo anterior, con el fin de que las personas afectadas por la falta del servicio en salud, obtengan continuidad en la prestación del servicio asimismo, evitarles el trámite a los accionantes de tener que interponer nuevas acciones de tutela por cada servicio que les fue prescrito con ocasión a una misma patología y estos les son negados.”[[2]](#footnote-2)

**Facultad de recobro de la EPS-S:**“(…)[E]l recobro es una facultad legal que tienen las empresas promotoras de salud, bien sea del régimen contributivo o subsidiado, sin que sea necesario que en la parte resolutiva del fallo de tutela se autorice al mismo, puesto que solo basta con que en él, se ordene el suministro de servicios o medicamentos excluidos del POS, para que una vez proveídos, la EPS o EPS-S acuda a su recobro(…)”[[3]](#footnote-3)

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**Julio 7 de 2016**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 7 de junio de 2016 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, dentro de la acción de tutela impetrada por Dolly Ibarra Chiquito en representación de su hijo Nicolás Ibarra Chiquito contra **Asmet Salud EPS-S,** a través de la cual pretende que se ampare los derechos fundamentales a la **salud, vida y dignidad humana.**

#### La demanda

Manifestó la accionante que su hijo tiene 3 años de edad, que al año de su nacimiento fue diagnosticado con Parálisis Cerebral Infantil y enfermedad de Reflujo Gastroensogico sin Esofagitis, que es usuario de la EPS ASMET SALUD régimen subsidiado, pero por error del sistema aparece afiliado al régimen contributivo, situación que según funcionarios de la EPS con sede en el Municipio de Quincha se está dando solución ya que efectivamente es usuario del régimen subsidiado.

Informa que con ocasión a la enfermedad que padece ha sido remitido en varias ocasiones a valoraciones con el especialista de Neurología Pediátrica, terapias de lenguaje, entre otros exámenes en la ciudad de Pereira, pero ante su situación económica se torna difícil su desplazamiento y por ello retrasa la evolución del niño.

Indicó que su hijo en estos momentos está pendiente que le realicen una serie de terapias y valoración con el Neuropediatra, para poder iniciar nuevamente los controles, pero reitera, debido a su situación económica no cuenta con los recursos necesarios para desplazarse a la ciudad de Pereira.

Aduce que, presentó el 17 de mayo del presente año derecho de petición a la EPS ASMET SALUD régimen subsidiado, con el fin a que le fuera reconocido lo correspondiente a los viáticos, pero desafortunadamente en respuesta del 18 de mayo, le manifiestan que no es posible este servicio en razón a que se encuentra excluido en el POS.

Finalmente solicita tutelar los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana, en consecuencia ordenar a la EPS ASMET SALUD régimen subsidiado la autorización de los viáticos para su hijo Nicolás Ibarra Chiquito, pasajes, estadía y alimentación en la ciudad de Pereira o donde sea remitido en razón a su problema de salud.

#### Contestación de la demanda

La **Secretaría de Salud de Risaralda** una vez vinculada, dio contestación en la que manifestó que la jurisprudencia nacional afirma que el trasporte, los gastos de viajes y viáticos, sin ser servicios de salud, constituyen elementos indispensables para garantizar el acceso a los mismos por lo tanto sin lugar a dudas deben ser cubiertos por la aseguradora a la cual se encuentre afiliado el usuario.

Así mismo refiere que es obligación de las aseguradoras de asumir los costos de transporte para que sus afiliados puedan accederé a los servicios de salud que requieren cuando el paciente y su familia carecen de recursos económicos para el efecto. ASMET SALUD es la encargada de evitar las barreras que por cualquier motivo obstaculicen el acceso de su afiliado a los servicios requeridos sin que se traslade a la entidad departamental obligación alguna en lo demandado.

En consecuencia solicita desvincular a la secretaria de Salud Departamental de Risaralda y exonerarla de toda responsabilidad o pago dentro del caso presente por no ser la llamada a resolver favorablemente lo pretendido toda vez que los recursos asignados tienen destinación específica para financiar la atención de la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda es decir los servicios no POS.

**Asmet Salud EPS-S** manifestó que al niño Nicolás Ibarra Chiquito se le ha prestado toda la atención en servicio a la salud que ha requerido por sus médicos tratantes y que son cobertura del POS. Que mediante resolución 5521 de 2013, al tratarse de reconocimiento de transporte solo se tiene contemplado el traslado de pacientes que se encuentren hospitalizados y que en virtud de su estado de salud requieran ser trasladados de una IPS a otra IPS únicamente en transporte de ambulancia.

Finalmente solicitó que se disponga que la entidad accionada ASMET SALUD actuó con forme a la normativa legal y que hasta la fecha le ha prestado al menor Nicolás Ibarra Chiquito todos los servicios en salud cubiertos por el POS de manera adecuada y oportuna. Así mismo ante el evento de tutelar los derechos fundamentales del menor se ordene a la Secretaria Departamental de Salud del Risaralda prestar los servicios no POS.

#### Providencia impugnada

El Juez de primer grado tuteló los derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida digna del niño Nicolás Ibarra Chiquito, en consecuencia ordenó a la EPS- ASMET Salud que en lo sucesivo y cuando el paciente demande servicios médicos que no se encuentren disponibles en su lugar de residencia y por ello deba acudir a otra ciudad, garantice la prestación del servicio de transporte para él y un acompañante, asimismo los gastos de alimentación y hospedaje para la accionante y un acompañante cuando requiera atención médica en una ciudad diferente a la de su residencia por un día completo o más. Igualmente todo el tratamiento integral que requiera como medicamentos, intervenciones quirúrgicas, practicas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, todo componente tratante que se valore como necesario para el pleno restablecimiento de salud del niño estén o no incluidos en el POS, con el fin de tratar la patología que padece y declarar que la Secretaria de Salud Departamental de Risaralda no ha vulnerado derechos fundamentales de la actora, sin perjuicio de sus componente legas frente a procedimientos y medicamentos no incluidos en el POS.

Para tomar la decisión el a-quo consideró que es abundante la jurisprudencia en la que se considera que el servicio de transporte es un medio para acceder al servicio de salud. Sin embargo advirtió, que en principio, es obligación del afiliado y/o núcleo familiar asumir los gastos de traslado, hospedaje y alimentación en virtud del principio de solidaridad.

Aseguró que frente al caso del niño Nicolás Ibarra Chiquito, es necesario conceder el amparo solicitado por las siguientes razones: (i) porque es un niño de cuatro años de edad que presenta diagnostico “Parálisis Celebral” y ha sido remitido con especialistas en otra ciudad como se desprende de las historias clínicas y órdenes de valoraciones; ii) es un niño de escasos recursos económicos, hecho que se desprende y presume porque se encuentra afiliado al sistema general de seguridad social en salud EPS ASMET Salud, en el régimen subsidiado al cual solo pertenecen las personas que no tienen capacidad económica para afiliarse al régimen contributivo. iii) si no se hace las remisiones correspondientes se pone en riesgo la vida e integridad fisca del paciente, ya que no recibirá el tratamiento para la recuperación de salud.

Consideró además que cumple los requisitos para ordenar el trasporte, alimentos y hospedaje para un acompañante puesto que el niño requiere cuidado permanente dado a la edad y la patología que presenta.

#### Impugnación

Asmet Salud EPS-S interpuso recurso de apelación alegando que no se encuentra obligado legalmente a autorizar, suministrar y brindar al niño Nicolás Ibarra Chiquito los gastos de transporte, alimentación y hospedaje, tal como erróneamente lo indicó el despacho y así se encontrara obligada, consideró que el a-quo guardó silencio respecto al recobro ante el Fosyga o ente territorial.

Arguyó que la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que la Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, tienen derecho al recobro cuando se les ordena por vía de tutela la asunción de obligaciones que van más allá de lo expresamente contratado de acuerdo con las normas legales.

Solicitó que se revoque el fallo proferido y en su lugar en amparo de los derechos fundamentales del menor Nicolás Ibarra Chiquito se ordene a la Secretaría Departamental de Salud que proceda a expedir las órdenes de apoyo para autorizar suministrar y brindar los gastos de transporte, alimentación y hospedaje que requiera. Y en caso de que se le ordene cumplir el fallo a Asmet Salud EPS-S, autorice el recobro ante el Fosyga o la entidad territorial competente.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**
* ¿Asmet Salud EPS-S está obligada al pago de viáticos del menor y su acompañante para su desplazamiento a otra ciudad con el fin de que le realicen los exámenes ordenados por su médico tratante?
* ¿La orden de tutela debe cumplirla la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda?
* ¿Es procedente autorizar el recobro ante el Fosyga o el ente territorial competente?
  1. **Del derecho a la salud**

En la Constitución Política se expresa que la salud es un servicio público de carácter esencial y obligatorio que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso a los servicios de salud a todas las personas. Por eso mediante la Sentencia T-115 de 2013, el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, manifestó lo siguiente:

*“(…) la salud es la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, ello porque el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías -aún cuando no tengan el carácter de enfermedad- afectan esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal. (…)*

*Con la garantía del derecho a la salud el individuo tiene la facultad de desarrollar las diferentes funciones y actividades innatas al ser humano, lo que permite a su vez elevar el nivel de oportunidades para la elección y ejecución de un proyecto de vida, ejecutando de esta forma derechos relacionados con la libertad, principio básico de la estructura estatal. De este modo, la facultad de exigir el amparo del derecho a la salud se deriva de las circunstancias particulares en que se encuentra el presunto afectado, pues son las que permitirán definir su vulneración por la transgresión directa a la dignidad humana.”*

* 1. **Del principio de integralidad**

Conforme a los postulados de la Corte Constitucional, la integralidad propende porque los usuarios puedan acceder sin mayores barreras a los servicios de salud, garantizándoles una vida en condiciones dignas y evitándoles presentar diversas acciones de tutela para tratar una misma patología. En ese sentido se pronunció en sentencia T-790 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, aduciendo que:

*“La atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley.*

*Lo anterior, con el fin de que las personas afectadas por la falta del servicio en salud, obtengan continuidad en la prestación del servicio asimismo, evitarles el trámite a los accionantes de tener que interponer nuevas acciones de tutela por cada servicio que les fue prescrito con ocasión a una misma patología y estos les son negados.”*

**5.4 El servicio de transporte como un medio de acceso al servicio de salud.**

En cuanto a este tópico la Corte Constitucional ha expresado que excepcionalmente es obligación de las EPS asumir los gastos de transporte, en la Sentencia T-155 de 2014, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, expresó lo siguiente:

*“El Sistema de Seguridad Social en Salud incluye servicios que debe prestar y financiar el Estado en su totalidad, otros cuyo costo debe ser asumido de manera compartida entre el Sistema y el usuario y otros, finalmente, que están excluidos y que deben ser sufragados exclusivamente por el paciente o su familia. Dentro de estos se encuentra, en principio, el transporte.*

*De acuerdo con el principio de solidaridad, debe haber una mutua colaboración entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades orientada a ayudar a la población más débil, invirtiendo a su favor los recursos del Sistema de Seguridad en Salud. De conformidad con lo anterior, el paciente que ha sido remitido a un municipio distinto al de su residencia para el suministro del servicio de salud que requiere, debe asumir los gastos de transporte y estadía a los que haya lugar cuando tiene los recursos suficientes para tal efecto. Excepcionalmente, cuando el usuario y su núcleo familiar enfrentan dificultades económicas para costear el desplazamiento, los gastos respectivos deben ser sufragados por la EPS. (…)*

*Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”.*

**5.5 Autorización de recobro por servicios no POS no requiere orden expresa en sentencia de tutela**

El Sistema General de Seguridad Social en Salud fue diseñado por el Legislador con la firme intención de garantizarles a sus usuarios un servicio de salud eficiente y oportuno, mediante la creación y autorización de un conjunto de instituciones que trabajan armónicamente para salvaguardar la efectividad de los derechos fundamentales de los mismos, de manera que cuando el derecho a la salud está conectado con una vida en condiciones dignas, demanda de las entidades integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud una labor coordinada que logre ofrecer a sus afiliados una atención oportuna, eficiente y de calidad.

Ahora, con la implementación del Plan Obligatorio de Salud -POS-, que a partir de la expedición del Acuerdo 032 de 2012 es el mismo para los dos regímenes existentes, el contributivo y el subsidiado, se pretende la satisfacción de los servicios que requiere el paciente en virtud del diagnóstico y el procedimiento ordenado por el médico tratante en aras de conservar una vida digna.

No obstante, la Honorable Corte Constitucional ha reiterado que los servicios de salud que no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud deben prestarse si se demuestra que con la negativa se pueden generar vulneraciones a los derechos fundamentales de los pacientes.

Según el procedimiento adoptado para el recobro mediante la Resolución No. 5073 del año 2013 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, al ser el este una facultad legal que tienen las Empresas Promotoras de Salud, ya sea del régimen contributivo o subsidiado, no es necesario un pronunciamiento expreso en el fallo de tutela sobre la autorización del mismo, puesto que basta con que en él se ordene la entrega de un medicamento o la prestación de un servicio NO POS, para que una vez suministrados efectivamente, acudan al recobro.

* 1. **Caso concreto**

El punto de litigio se contrae en establecer si Asmet Salud EPS-S está obligada a brindar los gastos de transporte, hospedaje y alimentación del menor en aquellos eventos en los cuales el procedimiento médico se preste en una ciudad diferente al domicilio de aquella. En consecuencia, está fuera de toda discusión la condición de sujeto especial de protección que ostenta en menor Nicolás Ibarra Chiquito, la patología que padece, la gravedad de la misma, la necesidad de practicarse una serie de terapias y valoraciones con el Neuropediatra en la ciudad de Pereira, el tratamiento integral y la necesidad de un acompañante. Así mismo queda acreditada la situación económica de la señora madre Dolly Ibarra Chiquito Chiquito, al encontrarse afiliada al régimen subsidiado de salud al que solo acceden a éste servicio las personas de escasos recursos.

Por ello, corresponde a esta Corporación precisar si la orden efectuada en primera instancia, tendiente a que se le brinde el transporte, se encuentra ajustado a derecho y a los preceptos constitucionales.

Para ello basta indicar que el servicio de transporte debe hacer parte del tratamiento integral que requiere el niño, pues tal como se vio en precedencia, dicha prestación ha sido considerada por la Corte Constitucional como esencial para que los pacientes no interrumpan sus tratamientos por razones económicas y, si bien no es considerado un servicio de salud, si es una prestación que permite el acceso a estos servicios.

Por otra parte, como la patología del menor está cubierta por el POS-S, es obligación de la EPS-S asumir todo el tratamiento que requiera incluidos aquellos eventos NO POS-S pues eso le garantiza al paciente continuidad en el servicio médico.

Respecto a la facultad de recobro deprecada por la entidad apelante, debe decirse que esta Corporación, en sentencia de tutela del 18 de julio de 2014, Radicado No. 66001-31-05-003-2014-00290-01, en la que actuó como magistrado ponente el Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares, y en la que figuraba como accionada la misma entidad que aquí forma la parte pasiva de la acción, luego de hacer un análisis de la evolución legal y jurisprudencial del tema, llegó a la conclusión de que *“el recobro es una facultad legal que tienen las empresas promotoras de salud, bien sea del régimen contributivo o subsidiado, sin que sea necesario que en la parte resolutiva del fallo de tutela se autorice al mismo, puesto que solo basta con que en él, se ordene el suministro de servicios o medicamentos excluidos del POS, para que una vez proveídos, la EPS o EPS-S acuda a su recobro*”, de conformidad con el procedimiento adoptado mediante la Resolución No. 5073 de 2013, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social; en consecuencia, no se accederá a la pretensión subsidiaria de la entidad accionada respecto al recobro y, por lo tanto, deberá confirmarse la sentencia impugnada en su integridad.

Corolario de lo anterior, la **Sala de Decisión Laboral 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 Promiscuo del Circuito de Quinchía el 7 de Junio de 2016.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretaria**

1. Sentencia T-115 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-790 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia de tutela del 18 de julio de 2014, Radicado No. 66001-31-05-003-2014-00290-01, M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares. [↑](#footnote-ref-3)