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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 17 de mayo de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma decisión del *a quo* que concedió el amparo

Radicación Nro. : 66170-31-03-001-2017-00020-01

Accionante: NELLY DE JESÚS BETANCOURT DE LÓPEZ

Accionado: NUEVA EPS

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL, SALUD, VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL / PAGO DE TRANSPORTE.** [L]a actora, en la demanda de tutela, adujo la imposibilidad de cubrir el gasto de traslado al tratamiento de hemodiálisis, y que asumirlo, afecta la economía de su hogar, pues es su esposo, el encargado del sostenimiento de su núcleo familiar (fl. 9 ib.), lo que permite presumir que no cuenta con los recursos suficientes para sufragar los valores que implica el desplazamiento a las atenciones médicas necesarias ordenadas por los médicos tratantes, desde su sitio de residencia hasta las instituciones a donde debe acudir, sin que la EPS aportara prueba alguna, en torno a controvertir la insuficiente capacidad económica de su usuaria. Si bien es cierto que los artículos 126 y 127 de la Resolución 5592 de 2015, reconocen circunstancias específicas en las cuales las EPS están obligadas a prestar el servicio de transporte de pacientes desde su residencia hasta la IPS que presta el servicio de salud, no puede desconocerse que en situaciones puntuales como la que aquí se abordó, la carencia del transporte adecuado se constituye como obstáculo para el normal desarrollo del tratamiento de hemodiálisis de la señora NELLY DE JESÚS BETANCOURT DE LÓPEZ, situación que en casos similares ha sido reprochada por la Corte Constitucional. Así entonces, considera esta Sala que, al no otorgar a la señora NELLY DE JESÚS BETANCOURT DE LÓPEZ, alternativas que eliminen el obstáculo que encuentra por parte de su EPS, al negar el transporte que requiere para asistir al tratamiento de hemodiálisis y demás procedimientos prescritos por sus médicos tratantes, se vulneran sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, diecisiete (17) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nº 257 de 17-05-2017

Referencia: 66170-31-03-001-2017-000**20**-01

**I. ASUNTO**

Decide la Sala la impugnación formulada por la NUEVA EPS, frente a la sentencia del 21 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas, en la acción de tutela interpuesta por la señora NELLY DE JESÚS BETANCOURT DE LÓPEZ, contra la entidad opugnante.

**II. ANTECEDENTES**

1.La señora NELLY DE JESÚS BETANCOURT DE LÓPEZ, promovió el amparo constitucional al considerar que la NUEVA EPS, vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, salud, vida e integridad personal.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. Cuenta con 64 años de edad, se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, tiene como diagnósticos, hipertensión esencial (primaria), enfermedad ateroesclerótica del corazón, insuficiencia renal terminal, diálisis renal, anemia refractaria sin otra especificación, diabetes mellitus insulinodependiente con complicaciones renales, por tal motivo, desde hace más de cinco (5) años se encuentra en tratamiento de hemodiálisis en la IPS DIALY-SER SAS de esta ciudad, tres veces por semana.

2.2. Ni ella ni su esposo, cuentan con los recursos económicos suficientes para continuar sufragando los costos de transporte que requiere para asistir al tratamiento de hemodiálisis, pues su cónyuge es el encargado del sostenimiento de su núcleo familiar y dichos gastos afectan la economía de su hogar.

2.3. Precisa que envió derecho de petición solicitando a la NUEVA EPS el cubrimiento de los gastos de trasporte desde su lugar de residencia hasta la IPS DIALY-SER SAS de esta ciudad, pero mediante respuesta del 2 de febrero le indican que no es posible acceder a su petición.

2.4. Solicita se ordene a la NUEVA EPS autorizar el transporte que requiere para asistir, con un acompañante, al tratamiento de hemodiálisis en la IPS DIALY-SER SAS de esta ciudad, tres veces por semana, así como prestar todo la atención médica integral necesaria.

3. Correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas, quien por auto del 7 de marzo avocó su conocimiento, vinculó a la IPS DIALY-SER SAS de esta ciudad y dispuso su notificación y traslado. (fl. 14 Cd. Ppal.).

3.1. La apoderada judicial de la NUEVA EPS - Regional Eje Cafetero, reconoce que la señora NELLY DE JESÚS BETANCOURT DE LÓPEZ es su afiliada. En cuanto al suministro del servicio No POS “TRANSPORTE TERRESTRE”, indica que no es posible acceder al mismo, de acuerdo con la normatividad vigente, gastos que deben ser asumidos por la actora o su familia. Solicita no conceder el amparo, por no existir vulneración de derecho fundamental alguno, pues le está prestando oportuna y eficientemente el servicio de salud a la accionante; como petición subsidiaria se le faculte para obtener el recobro frente al FOSYGA por la totalidad de los valores que deba sufragar en cumplimiento del fallo de tutela. (fls. 18-22 ib.).

3.2. La IPS DIALY-SER SAS, expone que existe falta de legitimación por pasiva de dicha entidad, ya que el servicio de transporte que requiere la paciente debe ser autorizado y contratado directamente por la EPS accionada, por lo que solicita se niegue la acción de tutela frente a ella. (fls. 23-24).

**III. EL FALLO IMPUGNADO**

Culminó la primera instancia con sentencia del 21 de marzo pasado que concedió el amparo invocado. Para decidir así expuso que el estado de salud de la actora se encuentra deteriorado, no solo por su edad, sino también por las patologías que padece, de ahí que merezca un trato especial, “*pues es función del Estado proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta*”. En cuanto a la capacidad económica de la afiliada, pese a que es la entidad accionada la que debe desvirtuar tal situación, se demostró que no tiene ingreso alguno y depende de su esposo. Consideró que, la autorización del servicio se encuentra justificada en el hecho de que la negativa de traslado limita en forma ostensible el restablecimiento de su condición de salud y pondría en riesgo la vida de la paciente, por lo que están acreditados los presupuestos para la inaplicabilidad de las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud. Ordenó el suministro del valor del transporte de la paciente y de un acompañante, así como el tratamiento integral solicitado; desvinculó a la Unidad Renal DIALY-SER SAS. (fls. 27-32 ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La NUEVA EPS impugnó el fallo, por negársele la facultad de realizar el recobro ante el FOSYGA por concepto de los servicios de salud no POS ahora no PBS, que se le brinden a la accionante, siendo un derecho que les asiste. Pide “*Adicionar el fallo de tutela de la referencia en el sentido que se otorgue a NUEVA EPS, la facultad de recobro por el 100%, por concepto del medicamento (sic) NO POS ORDENADO EN EL FALLO DE TUTELA*”. (fls. 39-41 ib.).

**V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Esta Corporación es competente para resolver la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió la sentencia de primera instancia.

2. Es suficientemente conocido que la acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares.

3. Por otra parte, el derecho a la salud ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo, que se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física de las personas. Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015, que dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo.

4. Recientemente fue expedida la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y en su artículo 2°, señaló:

*“Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*

*Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”*

**VI. DEL CASO CONCRETO**

1. En abundantes pronunciamientos la Corporación ha dicho que la acción de tutela es un mecanismo singular establecido por la Constitución de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

2. Además, se ha insistido en que la eficacia del amparo reside en que, existiendo certeza de la violación o la amenaza alegada por quien pide la protección, se emita una orden para que la autoridad respecto de la cual se solicita el resguardo, actúe o se abstenga de hacerlo.

3. El funcionario judicial de primer grado, concedió el amparo reclamado al concluir que la actora merece un trato especial, pues se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta; además, porque se probó que esta no tiene la capacidad económica para asumir los costos del transporte solicitado, sin que fuera desvirtuado por la entidad accionada, lo que limita en forma ostensible el restablecimiento de su condición de salud y pondría en riesgo su vida. (fls. 27-32 ib.).

4. La NUEVA EPS impugnó el fallo para solicitar se conceda la facultad de realizar el recobro ante el FOSYGA por concepto de los servicios de salud no POS ahora no PBS, que se le brinden a la accionante. (fls. 39-41 ib.).

5. De acuerdo con los documentos aportados con el escrito de tutela, se tiene que la demandante tiene como diagnósticos “HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA)”, “ENFERMEDAD ATEROESCLERÓTICA DEL CORAZÓN”, “INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL”, “DIÁLISIS RENAL”, “ANEMIA REFRACTARIA SIN OTRA ESPECIFICACIÓN”, “DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES RENALES”, por lo que debe recibir tratamiento de hemodiálisis tres veces por semana. (fls. 4-6 ib.).

6. Aunque inicialmente, el servicio de transporte de pacientes no se encontraba incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, ni en el régimen contributivo ni en el subsidiado, más adelante, en virtud de la garantía de accesibilidad económica, elemento esencial del derecho a la salud, y ante el alto impacto que implica para muchas personas la imposibilidad de cancelar sus transportes y los de su acompañante para acudir a los tratamientos y servicios en salud, el Ministerio de Salud y Protección Social reconoció e incluyó tal prestación a través de las Resoluciones 5261 de 1994, 5521 de 2013 y 5592 de 2015 las cuales definieron, aclararon y actualizaron los contenidos del POS para los regímenes subsidiado y contributivo.[[1]](#footnote-1)

A la luz de lo expuesto, en sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional, afirmó que, *“Si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (…) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en donde habita no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”*.[[2]](#footnote-2)

Con ese criterio, estimó que las EPS y EPS-S deben asumir los gastos de desplazamiento de un acompañante cuando: (i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado. En estos casos se encuentran, precisamente, los menores de edad y las personas en situación de discapacidad o de la tercera edad que padecen restricciones de movilidad.

7. Es pertinente aclarar que, si bien la constancia obrante a folio 25 del cuaderno principal no puede tenerse como prueba, y en ella se apoyó el a quo para tratar de demostrar la falta de capacidad económica de la accionante para asumir los costos del transporte solicitado, lo cierto es que la actora, en la demanda de tutela, adujo la imposibilidad de cubrir el gasto de traslado al tratamiento de hemodiálisis, y que asumirlo, afecta la economía de su hogar, pues es su esposo, el encargado del sostenimiento de su núcleo familiar (fl. 9 ib.), lo que permite presumir que no cuenta con los recursos suficientes para sufragar los valores que implica el desplazamiento a las atenciones médicas necesarias ordenadas por los médicos tratantes, desde su sitio de residencia hasta las instituciones a donde debe acudir, sin que la EPS aportara prueba alguna, en torno a controvertir la insuficiente capacidad económica de su usuaria.

8. Si bien es cierto que los artículos 126 y 127 de la Resolución 5592 de 2015, reconocen circunstancias específicas en las cuales las EPS están obligadas a prestar el servicio de transporte de pacientes desde su residencia hasta la IPS que presta el servicio de salud, no puede desconocerse que en situaciones puntuales como la que aquí se abordó, la carencia del transporte adecuado se constituye como obstáculo para el normal desarrollo del tratamiento de hemodiálisis de la señora NELLY DE JESÚS BETANCOURT DE LÓPEZ, situación que en casos similares ha sido reprochada por la Corte Constitucional.

9. Así entonces, considera esta Sala que, al no otorgar a la señora NELLY DE JESÚS BETANCOURT DE LÓPEZ, alternativas que eliminen el obstáculo que encuentra por parte de su EPS, al negar el transporte que requiere para asistir al tratamiento de hemodiálisis y demás procedimientos prescritos por sus médicos tratantes, se vulneran sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

10. En relación con la orden de recobro solicitada por la EPS accionada, desde que la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-760 de 2008, ha señalado que, *“(ii) no se podrá establecer que en la parte resolutiva del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.”.*

11. En conclusión, en el asunto sometido a estudio ha de decirse que el funcionario de primer grado acertó al conceder el amparo de los derechos a la salud y vida digna, de que es titular la señora NELLY DE JESÚS BETANCOURT DE LÓPEZ y el transporte solicitado para esta y un acompañante, para garantizar la prestación de los servicios médicos que exige su estado de salud, así como, al no ordenar el recobro solicitado, decisiones que han de confirmarse, pero dado que no hay prueba de que haya sufrido alguna negación o tardanza en la atención de sus problemáticas, tampoco que la misma tenga pendiente algún otro tratamiento, se revocará la atención integral ordenada.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO**: CONFIRMAR el falloproferido el 21 de marzo de 2017 por el Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas, en el trámite de la presente acción de tutela, interpuesta por la señora NELLY DE JESÚS BETANCOURT DE LÓPEZ, contra la NUEVA EPS, por lo indicado en la parte motiva.

**SEGUNDO**: REVOCAR el tratamiento integral ordenado.

**TERCERO**: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5º. del Decreto 306 de 1992).

**CUARTO**:Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Íd. “En esa medida, se estableció que las EPS y EPS-S debían cubrir los gastos de desplazamientos generados por la remisión de un usuario a un lugar distinto de su residencia en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando se certifica debidamente la urgencia en la atención y (ii) 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 por el paciente en su lugar de residencia.

De igual forma, es procedente el traslado de pacientes cuando su precario estado de salud lo amerite, es decir, cuando el concepto del médico tratante sea favorable para ello. La movilización del paciente de atención domiciliaria, también se permite si el médico lo prescribe. El traslado de los pacientes ambulatorios, se cubre siempre que se necesite de un tratamiento incluido en el POS y no esté disponible en el lugar de residencia del afiliado, ese cargo será cubierto con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica. También se brinda el transporte cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios a través de urgencias o consulta médica y odontológica no especializada”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ib. [↑](#footnote-ref-2)