El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionantes : Jorge Iván Valencia Restrepo

Accionado : Nueva EPS SA

Despacho de origen : Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal

Radicación : 66682-31-03-001-2021-00373-01

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 173 de 05-05-2022

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / TRANSPORTE / ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD / A CARGO DE LA FAMILIA / REGLAS PARA IMPONERLO A LA EPS / SE ESTABLECIÓ LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL ACCIONANTE.**

 De vieja data la CC en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

“… el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión”.(…)

Tesis vigente y compartida por la CSJ (2021), superiora jerárquica en sede constitucional de esta judicatura: “(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”.

Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas “(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”. La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud…

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

En tratándose del servicio de transporte, la alta colegiatura de forma reiterada (2021) ha expuesto que, por regla general, en aplicación del principio de solidaridad, el accionante y sus familiares están obligados a asumir los gastos necesarios para acceder a los servicios médicos autorizados en otras localidades; empero, fijó cuarto subreglas concomitantes que, de verificarse, implican a las EPS garantizarlo, a saber:

“… cuando los pacientes se encuentren en las siguientes circunstancias: “(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la vida de la persona; (ii) que ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y (iii) que de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”.

Claramente puede costear el pago del transporte y viáticos, incluso, según sus dichos, el salario alcanza para cubrir todas las necesidades básicas y queda un remanente ($450.000) del que puede disponer a su antojo. Además, no puede obviarse que durante ocho (8) años asumió el gasto para asistir a las citas en la IPS Caleña, sin inconveniente…

#

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0112-2021**

**Cinco (5) de mayo de dos mil veintidós (2022).**

1. **El asunto a decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Se informó que el actor fue objeto de trasplante de riñón en el 2004 y que mensualmente debe practicarse *“(…) Tx renal y exámenes de laboratorio (…) códigos 902210-903801-903818-903866-903841-903867 (…)”* en la Fundación Valle del Lili de Cali, V. Agregó que el transporte, alojamiento y alimentación ascienden a $350.000 mensuales; viaja el día anterior debido a que los exámenes se realizan *“(…) a primera hora del día (…)”*; y, carece de los recursos necesarios para asumir el gasto, pues percibe un salario mínimo (Cuaderno No.1, pdf.02).

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

Salud, seguridad social y solidaridad. Solicitó ordenar a la accionada **(i)** Costear transporte y viáticos; y, **(ii)** Brindar tratamiento integral (Cuaderno No.1, pdf.02).

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

La funcionaria con auto del 08-03-2022 admitió la tutela (Cuaderno No.1, pdf.04); el 22-03-2022 sentenció (Ibidem, pdf.08); y, el 30-03-2022 concedió la impugnación (Ibidem, pdf.11).

El fallo amparó parcialmente derecho a la salud. Ordenó suministrar el transporte y viáticos y negó el tratamiento integral. Explicó que el actor carece de capacidad económica y debe asistir a las citas en Cali; por ende, la EPS debe costear el servicio; y, es inviable acceder a la atención integral como quiera que la accionada ha garantizado la asistencia en salud (Ib., pdf.08).

La Nueva EPS SA cuestionó el servicio de transporte porque, en tratándose de traslado de paciente ambulatorio, el núcleo familiar debe proveerlo en virtud del principio de solidaridad. Pidió revocar el fallo (Ibidem, pdf.10).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. La competencia funcional. La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
	2. El problema jurídico a resolver*.* ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, según la impugnación?
	3. Los presupuestos de procedencia
		1. La legitimación en la causa. Por activa, el actor por estar afiliado a la EPS accionada en el régimen contributivo (Ib., pdf.01). En el extremo pasivo, la Nueva EPS SA por ser la afiliadora que debe garantizar la asistencia en salud (Ley 1751).
		2. La inmediatez. El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular. Este requisito *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2021)[[1]](#footnote-1). Criterio reiterado por la CC (2022)[[2]](#footnote-2).

Se satisface porque la acción se formuló (08-03-2022) (Ib., pdf.03) catorce (14) días después de expedidas las órdenes por el galeno tratante (22-02-2022) (Ib., pdf.02, folios 5- debe proveerlo); es decir, dentro del plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[3]](#footnote-3).

* + 1. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2022)[[4]](#footnote-4). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

En el sub *examine*, el accionante no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de sus derechos. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* + 1. la inexistencia de acción u omisión. De vieja data la CC[[5]](#footnote-5) en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

… el mecanismo de amparo constitucional se torna **improcedente**, entre otras causas, cuando **no existe una actuación u omisión del agente accionado** a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

*… partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del*[Decreto 2591 de 1991]*, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea* ***procedente*** *requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (…)”*…

… cuando el juez constitucional **no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental**, **debe declarar la improcedencia de la acción de tutela** (Línea y coloración a propósito)

Tesis vigente y compartida por la CSJ[[6]](#footnote-6) (2021), superiora jerárquica en sede constitucional de esta judicatura: *“(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”*. En síntesis, la improcedencia por falta de acción u omisión ocurre cuando: (i) No hay petición o se resolvió antes de presentar el amparo; y, (ii) La decisión cuestionada es inexistente.

5.4. El derecho a la salud y transporte.Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad[[7]](#footnote-7).

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

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

Sin duda, el plan de beneficios cubre todas las prestaciones en salud, salvo las que **expresamente** estén excluidas; empero, la CC[[8]](#footnote-8) ha dispuesto que en ciertas situaciones específicas debe brindarse la prestación requerida, pese a su exclusión, en tanto prima garantizar de forma efectiva el derecho a la salud del afiliado.

En tratándose del servicio de transporte, la alta colegiatura de forma reiterada (2021)[[9]](#footnote-9) ha expuesto que, por regla general, en aplicación del principio de solidaridad, el accionante y sus familiares están obligados a asumir los gastos necesarios para acceder a los servicios médicos autorizados en otras localidades; empero, fijó cuarto subreglas concomitantes que, de verificarse, implican a las EPS garantizarlo, a saber:

… cuando los pacientes se encuentren en las siguientes circunstancias: “(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la vida de la persona; (ii) que ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y (iii) que de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”. A lo anterior se ha añadido que: (iv) si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración, se cubrirán los gastos de alojamiento y manutención…

1. **El caso concreto analizado**

Se revocará la sentencia confutada y en su lugar se declarará improcedente el amparo, por ausencia fáctica, pues para la Sala es evidente que el interesado endilga una acción u omisión inexistente.

Requiere que en sede de tutela se ordene brindar el servicio de transporte y viáticos para desplazarse a la ciudad de Cali, V., sin previamente formular reclamo afín a la encausada. En la demanda no dio cuenta de hecho análogo, de tal suerte que pretirió que la EPS analizara si era dable asumir el gasto o, en su defecto, decidiera garantizar la asistencia en salud en IPS cercana al lugar de residencia del usuario.

Contexto suficiente para colegir la inexistencia de conducta trasgresora o amenazante de los derechos. Inviable descalificar el servicio de la accionada, sin antes contar con la oportunidad de pronunciarse sobre el ruego de su afiliado.

Semejante análisis hace la CSJ, en reciente decisión: (2021)[[10]](#footnote-10): *“(…) no basta con que el accionante señale que se le ha vulnerado un derecho fundamental, pues se requiere que se demuestre que los derechos fundamentales que se pretenden proteger han sido vulnerados o están amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos en la ley (…)”*. Sin: *“(…) la existencia cierta del agravio, lesión o puesta en peligro de la prerrogativa constitucional invocada (…) carece de sentido hablar de la necesidad de la salvaguarda (…)”*. Corolario, se declarará improcedente la tutela.

Ahora, si se quisiese superar la falta de acción u omisión con base en que en la contestación la accionada dio cuenta de que eventualmente desestimaría el reclamo que formule el actor en dichos términos, advierte la Corporación que la acción también estaría destinada al fracaso, pero, por inexistencia de vulneración.

Como se anotó, son cuatro (4) los presupuestos jurisprudenciales concomitantes para que mediante esta vía se pueda ordenar la prestación del servicio de transporte y viáticos, y se incumple el alusivo a la incapacidad económica, suficiente para dar al traste con las pretensiones.

Discrepa la Colegiatura de la tesis expuesta en primera sede, pues, se presume que la parte actora carece de capacidad económica cuando realiza tal afirmación en la demanda o declaración posterior, siempre y cuando, la EPS no la controvierta y el juez tampoco decrete pruebas. La inactividad conjunta de la parte pasiva y del funcionario, redunda en beneficio del accionante. Al respecto, de vieja data razonó la CC[[11]](#footnote-11):

… La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso **solamente** obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos (…)”

las EPS o ARS (…) están en la capacidad de controvertir las afirmaciones (…). Por tal razón, su inactividad (…) hace que (…) se tengan como prueba suficiente.

**Los jueces de tutela** **tienen el deber de decretar pruebas** mediante las cuales se pueda comprobar la incapacidad económica (…). Su inactividad (…), no puede conducir a que las afirmaciones (…) al respecto, sean tenidas como falsas, y se niegue por tal razón, la protección de los derechos fundamentales… (Línea y negrilla a propósito).

La CC[[12]](#footnote-12) reitera aquel criterio, salvo lo relativo a la actividad del funcionario que, en todo caso, tampoco modifica, porque **es verdad inconcusa el deber oficioso que en sede de tutela le asiste de decretar pruebas.** De más está referir a la Alta Colegiatura[[13]](#footnote-13), así como la misma doctrina nacional que, a guisa de ejemplo se trae a colación la del profesor Correa Henao: “*(…) el juez tiene igualmente el deber oficioso de procurar allegar la prueba de los hechos, para formarse un convencimiento acerca de la realidad, a condición de que sean legales, pertinentes y conducentes. (…) la recaudación de las pruebas, aún de oficio, es un deber del juez, para verificar la violación del derecho fundamental (…)*”.

Así las cosas, y como quiera que la jueza de conocimiento decretó pruebas, la afirmación de parte deviene insuficiente para concluir la incapacidad económica. Procede entonces la Sala a valorar el acato del presupuesto jurisprudencial y advierte desde ya que el material probatorio devela que la supuesta falta de recursos no ha sido óbice para que el actor, por su propia cuenta, acuda a las citas programadas en la ciudad de Cali, durante los ocho (8) años posteriores al trasplante de riñón.

En la demanda aseguró que percibe un salario mínimo, luego, al resolver el cuestionario de la funcionaria, informó que el núcleo familiar está conformado por su esposa e hijo menor, que los ingresos familiares ascienden a $1.800.000 mensuales y son producto del trabajo propio como conductor de microbús escolar, y destina $1.350.000 al pago de alimentación, servicios, educación, crédito y viajes para control de nefrología en la Clínica Valle del Lili (Cuaderno No.1, pdf.07).

Claramente puede costear el pago del transporte y viáticos, incluso, según sus dichos, el salario alcanza para cubrir todas las necesidades básicas y queda un remanente ($450.000) del que puede disponer a su antojo. Además, no puede obviarse que durante ocho (8) años asumió el gasto para asistir a las citas en la IPS Caleña, sin inconveniente (Trasplante renal 26-02-2004) (Ibidem, pdf.02, folio 5). Sin duda, tiene capacidad económica mínima y suficiente.

Cabe aunar que su padecimiento tampoco demanda la prestación de transporte especial de ambulancia ni la compañía de un tercero. No requiere en consecuencia que la EPS preste el servicio deprecado.

Respecto al tratamiento integral[[14]](#footnote-14), encuentra esta Sala que fue atinada la decisión, en consideración a que: **(i)** No es una persona de especial protección constitucional; y, **(ii)** La EPS ha garantizado plenamente la asistencia en salud, sin demora ni restricciones, según se desprende de la historia clínica, pues, entrega los fármacos recetados y autoriza los exámenes y citas de control en la Fundación Valle del Lili (Ib., pdf No.02, folios 5 a 8). Se confirmará entonces la desestimación.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil – Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. REVOCAR los numerales 1º y 2º del fallo proferido el 22-03-2022 por el Juzgado Civil del Circuito de santa Rosa de Cabal, para DECLARAR improcedente el amparo propuesto por el señor Jorge Iván Valencia Restrepo contra la Nueva EPS, respecto al suministro de transporte y viáticos, por ausencia fáctica.
2. CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia impugnada.
3. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020 y T-131-2021. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-005 de 2022. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-003 de 2022, T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-130 de 2014, reitera las SU-975 de 2003 y T-883 de 2008. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ. STC12717-2019 y STC13358-2019, también pueden consultarse las STC8802-2021 y STC8274-2021, entre muchas. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-405 de 2017, T-081 de 2019, T-117 de 2019 y T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-309 de 2018, T-215 de 2018, T-299 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-346 de 2009, T-433 de 2014, T-148 de 2016, T-178 de 2017, T-228 de 2020, T-017 de 2021 y T-101 de 2021. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ. STC7008-2021, STC197-2021, STC8053-2019 ySTC6835-2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-1019 de 2002, T-279 de 2002 y T-260 de 2004, reiteradas en la T-816 de 2008. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-048 de 2012 y T-062 de 2017. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-236 de 1996, T-864 de 1999, SU-768 de 2014, T-571 de 2015 y T-509 de 2017, entre muchas. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-081 de 2019, reiterada en la T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-14)