

Sentencia T-032/18



Referencia: expediente T-6.411.468

Acción de tutela instaurada por el señor Crisanto José Romero Moreno contra la Nueva E.P.S

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/Bernal.php>, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en el asunto de la referencia, por la Sala Cuarta del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la sentencia expedida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, la cual denegó la protección de los derechos fundamentales al acceso a la salud, a la vida, a la dignidad humana y al mínimo vital del señor José Crisanto Romero Moreno.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante auto del 27 de octubre de 2017, la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional, escogió para revisión el expediente de tutela de la referencia¹.

1.1 El señor Crisanto José Romero Moreno, el 8 de junio de 2017, interpuso acción de tutela mediante agente oficioso contra la empresa promotora de salud Nueva E.P.S por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al acceso a la salud, el derecho a la vida, a la dignidad humana y al mínimo vital.

2. Hechos

2.1 El accionante manifestó encontrarse afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Nueva E.P.S.

¹ Folios 3 a 17 cuaderno principal.

2.2 Informó que presenta diagnóstico de N-180 Insuficiencia Renal Terminal y el 3 de mayo de 2017 el médico tratante le ordenó tratamiento de hemodiálisis que se agotaría en 26 terapias durante 6 meses, con la siguiente indicación y recomendación: *“debe asistir a terapias de remplazo renal sin falta tres (3) veces por semana ya que se puede comprometer su vida”*².

2.3 Asimismo, expuso que el médico tratante solicitó valoración por la Nueva EPS para otorgar al accionante el servicio de *“traslado básico convencional de la Unidad Renal a casa y viceversa para cumplir con terapia de soporte vital tipo hemodiálisis”*³.

2.4 El actor solicitó que le fuese otorgado el servicio de transporte para cumplir con las terapias ordenadas por el médico tratante y la prestación de los servicios de salud de manera integral.

3. Trámite procesal en sede de instancia

A través de auto del 9 de junio de 2017, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá negó la intervención a través de agente oficioso, admitió la acción de tutela a nombre del agenciado y ordenó dar traslado a la autoridad accionada⁴.

3.1 Respuesta allegada al trámite de tutela por la Nueva EPS

El Coordinador Jurídico de la Nueva E.P.S S.A. indicó que la entidad ha venido asumiendo todos los servicios médicos que ha requerido el accionante desde el momento de su afiliación y en especial los servicios que ha solicitado, siempre que se encuentren dentro de las opciones de su red prestacional y la normativa del SGSSS.

Señaló que el servicio de transporte solicitado se encuentra excluido del POS y por ello no se accedió al mismo. Anotó que de conformidad con la normativa vigente, le corresponde al usuario o a su familia sufragar esos gastos.

Frente a la petición de integralidad del servicio adujo que acceder a ella desbordaría el alcance de la acción constitucional, toda vez que se protegerían circunstancias futuras e inciertas.

En suma, consideró que de parte de la Nueva E.P.S no se presentaron violaciones a los derechos fundamentales del paciente⁵.

4. DECISIONES DE TUTELA OBJETO DE REVISIÓN

4.1 Primera instancia

² Folios 1 a 5 cuaderno uno.

³ Folio 4 cuaderno uno.

⁴ Folios 8 a 9 cuaderno uno.

⁵ Folios 13 a 19 cuaderno uno.

El 23 de junio de 2017, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá resolvió “*No tutelar*” los derechos invocados por el actor al considerar que de acuerdo con las pruebas aportadas no fue posible verificar el cumplimiento del requisito de la carencia económica del accionante ni de sus familiares para acceder a la pretensión y tampoco se acreditó que el actor haya solicitado el servicio a la E.P.S y su consecuente negación.

Respecto de la pretensión de tratamiento integral también concluyó que no existían pruebas que sustentaran la necesidad de ofrecerlo “*tales (sic) como copia de la Historia Clínica, Epicrisis, conceptos médicos y/o valoraciones por parte de los profesionales médicos*” o que permitieran establecer su patología y estado de urgencia así como inferir que la E.P.S esté incumpliendo con los servicios médicos a los cuales el actor tiene derecho⁶.

4.2 Impugnación

A través de escrito presentado el 5 de julio de 2017, el accionante impugnó la decisión y expuso que no es cierto que la accionada no conociera la solicitud del servicio de transporte, pues de acuerdo con las directrices del Ministerio de Salud existen plataformas a través de las cuales los médicos tratantes registran los servicios ordenados.

Agregó que no se debe demostrar la capacidad económica, ya que, según su criterio, los pronunciamientos de la Corte Constitucional no han exigido esta demostración, adicionalmente, las EPS cuentan con la información socioeconómica de los afiliados.

Finalmente reprodujo acápites jurisprudenciales que desarrollan el concepto de tratamiento integral y las condiciones para ordenar servicios excluidos del POS⁷.

4.3 Segunda instancia.

Con sentencia del 1 de agosto de 2017 la Sala Cuarta Laboral del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia de primer grado al considerar que el actor no manifestó su incapacidad de cubrir el costo del transporte, ni ofreció información sobre sus condiciones económicas y las de su núcleo familiar, como tampoco refirió la necesidad de cuidados especiales para transportarse, pues no aportó historia clínica que así lo demuestre.

En cuanto a la solicitud de servicios de salud de manera integral, se consideró que el expediente carecía de elementos de juicio para otorgarlos al no haberse aportado historia clínica o conceptos médicos que permitan concluir que la Nueva EPS le esté negando al accionante algún tratamiento en particular y omitiendo su continuidad⁸.

⁶ Folios 20 a 27 cuaderno uno.

⁷ Folios 30 a 33 cuaderno uno.

⁸ Folios 3 a 8 cuaderno dos.

II. Pruebas que obran en el expediente

1. Con la demanda se aportaron las siguientes pruebas:

1.1 Copia de la remisión a la Nueva EPS emitida por el nefrólogo tratante (de la IPS RTS Agencia Santa Clara Bogotá).

1.2 Copia del plan de manejo emitido por el nefrólogo tratante.

1.3 Copia de la cédula de ciudadanía del accionante.

III. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

Mediante auto del 15 de noviembre de 2017 la Sala Octava de Revisión solicitó que se allegaran diferentes elementos de juicio por el accionante y la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá para determinar la situación socioeconómica actual del actor⁹.

Adicionalmente, a través de auto del 15 de enero de 2018 el Magistrado Sustanciador decretó la práctica de pruebas encaminadas a resolver la discrepancia que se advirtió entre los informes aportados sobre los bienes muebles en cabeza del accionante y a fin de complementar la información brindada¹⁰.

Durante el trámite de revisión se aportaron las siguientes pruebas¹¹:

2.1 Informe rendido por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá con radicado C.J.M 3.1.7.6840.17 del 20 de noviembre de 2017.

2.2 Informe rendido por el accionante con fecha de recibido 23 de noviembre de 2017.

2.3 Informe rendido por el accionante con fecha de recibido 25 de enero de 2018

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

9. “(...) **SOLICITAR al señor Crisanto José Romero Moreno la siguiente información** 1. Si actualmente se encuentra laborando y, en caso afirmativo, cuál es el monto del salario devengado y bajo qué modalidad contractual o vinculación legal se halla. En caso contrario, deberá indicar cuál es la fuente de sus ingresos y su monto// 2. Quiénes integran su núcleo familiar, si tiene personas a cargo, indicando cuántos y quiénes// 3. Si vive en un inmueble propio o debe pagar canon de arrendamiento, indicando, de ser este último el caso, cuál es su valor// 4. Cómo se traslada actualmente a sus citas médicas// 5. Si es dueño de bienes muebles o inmuebles, indicando, en caso positivo, cuál es su valor y la renta derivada de ellos// 6. Qué tan lejos se encuentra el lugar dónde recibe las terapias y citas médicas del lugar donde reside// **SOLICITAR a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá que informe si figuran vehículos a nombre del señor Crisanto José Romero Moreno.**

¹⁰ “(...) **SOLICITAR al señor Crisanto José Romero Moreno informar sobre:** 1.Cuál es la situación actual del vehículo automotor de placas YJW94c y aportar los documentos correspondientes. // 2. a la fecha se siguen realizando las terapias de hemodiálisis que le fueron ordenadas.// 3. Si se encuentran servicios pendientes para el tratamiento de insuficiencia renal.

¹¹ folios 26 a 35 cuaderno principal.

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

2.1 La situación fáctica planteada exige a la Sala determinar si una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud cuando no le proporciona el transporte o no sufraga el costo del mismo a un paciente afiliado que requiere un tratamiento ambulatorio constante.

2.2 Previo a resolver el problema planteado, la Sala abordará los siguientes temas: (i) acceso al derecho a la Salud; (ii) el servicio de transporte como un medio de acceso al servicio de salud; (iii) potestades probatorias del juez de tutela.

3. Acceso al derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia

3.1 En el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado.

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12, estableció que “*todo ser humano tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente*”¹² y, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General n.º 14 del 2000 advirtió que “*la salud es derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.*” Lo que permite entender el derecho a la salud como “*el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud*”^{13 14}.

En desarrollo de esos mandatos superiores, se expidió la ley 100 de 1993 que reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en salud, al cual se le asignaron como características la distribución y funcionamiento desde la perspectiva de una *cobertura universal*, entre otras.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional en sentencia T- 760 de 2008, estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo¹⁵ “*en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados*

¹² PIDESC 1966.

¹³ Observación general n.º 14.

¹⁴ Estos fundamentos normativos también fueron citados en la sentencia C-313 de 2014, por ejemplo.

¹⁵ Desde sentencia T-859 de 2003 se estableció el derecho a la salud como fundamental y autónomo

por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.” Asimismo, la Ley Estatutaria 1751 de 2015¹⁶ en su artículo 2° reconoció el carácter fundamental autónomo e irrenunciable de la salud, así como el deber por parte del Estado de garantizar su prestación de manera oportuna, eficaz y con calidad.

3.2 Ahora bien, la salvaguarda del derecho fundamental a la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, la calidad en la prestación del servicio, accesibilidad, solidaridad e integralidad.

3.2.1 Acerca del principio de *accesibilidad*, es necesario precisar que es un elemento esencial para el efectivo desarrollo del derecho a la salud. La Ley Estatutaria de Salud¹⁷ lo define de la siguiente manera: “*accesibilidad: Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información*”.

Esta Corte, a propósito del desarrollo del derecho a la salud y con fundamento en la mencionada Observación General n.º 14 del Comité de Derechos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC)¹⁸, ha expuesto que:

¹⁶ Promulgada el 16 de febrero de 2015: “*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*”

¹⁷ Ley 1751 de 2015.

¹⁸ En la sentencia T-585 de 2012 hizo la siguiente referencia: Esta Corporación (T-1087 de 2007) en aras de desarrollar por vía jurisprudencial el alcance y contenido del derecho a la salud, ha recurrido en diversas oportunidades a la Observación General Número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC). La cual en su párrafo 12 expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la *accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad*. Sobre el primero de ellos, de acuerdo con la observación, deben tenerse presentes los siguientes lineamientos: //“**b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: (Negrilla y Subrayado fuera del texto) i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades. iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): 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. iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el**”

“En cuanto a los elementos enlistados no cabrían reparos, pues, resulta evidente que el Proyecto recoge lo contemplado en la Observación General 14, con lo cual, se acude a un parámetro interpretativo que esta Sala entiende como ajustado a la Constitución. En el documento citado, la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad se tienen como factores esenciales del derecho. En sede de tutela y, sobre el punto, esta Corporación, ha reconocido el vigor y pertinencia de la Observación en los siguientes términos:

“(...) Ahora bien el derecho a la salud contiene una serie de elementos necesarios para su efectivo desarrollo¹⁹, dentro de los cuales encontramos la accesibilidad al servicio. Esta Corporación²⁰ en aras de desarrollar por vía jurisprudencial el alcance y contenido del derecho a la salud, ha recurrido en diversas oportunidades a la Observación General Número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC). La cual en su párrafo 12 expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. Sobre el primero de ellos, de acuerdo con la observación, deben tenerse presentes los siguientes lineamientos (...)” (Sentencia T-585 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)²¹. (Las negrillas son del texto original)”²²

“Esta Corte ha estudiado el elemento de accesibilidad al derecho a la salud, principalmente, en relación con el trato discriminatorio que, en ocasiones reciben quienes ostentan la calidad de *vinculados* al sistema de seguridad social en salud. La accesibilidad es un presupuesto mínimo para el goce del derecho a la salud para toda la población, y el diseño institucional para la prestación del servicio pretende, precisamente, establecer la forma en que cada grupo de la sociedad puede acceder a los servicios de salud.”^{23,24}

En este sentido, es posible determinar la obligación que recae sobre las entidades promotoras de salud, como las encargadas de cumplir la obligación estatal contenida en los artículos 48 y 49 de la Constitución, de garantizar el acceso al servicio de salud y, en consecuencia, brindar todos los medios indispensables para que dicha accesibilidad se materialice de manera real y efectiva.

derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad” (negrillas y subrayado fuera de texto). Este fundamento también es reiterado en la sentencia T-447 de 2014.

¹⁹ El Comité DESC expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la “*accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad.*”

²⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1087 de 2007, MP, Jaime Córdoba Triviño.

²¹ En este mismo sentido, ver la Sentencia T-583 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-905 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²² C-313 de 2014.

²³ Ibidem

²⁴ T-585 de 2012.

3.2.2 Sobre el principio de *integralidad*, -el cual se refleja en el deber de las EPS de brindar todos los servicios requeridos para recuperar el estado de salud de los usuarios pertenecientes al sistema con el pleno respeto de los límites que regulan el sistema de salud- en sentencia T-760 de 2008 esta Corporación lo definió así: “(...) *se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante*”.

En la misma línea, en la sentencia T-178 de 2011, se anotó que “*la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud*”²⁵. En otras palabras, la integralidad responde “*a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que debido a la condición de salud se le otorgue una protección integral en relación con todo aquello que sea necesario para mejorar la calidad de vida de manera efectiva*”²⁶.

Así las cosas, se concluye que el principio de integralidad consiste en mejorar las condiciones de existencia de los pacientes garantizando todos los servicios médicos que los profesionales en salud consideren científicamente necesarios para el restablecimiento de la salud, ello en condiciones de calidad y oportunidad. De esta manera, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que resulten impidiendo a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud.

3.2.3 Adicionalmente, el principio de *solidaridad* consagrado en el artículo 48 de la Constitución establece, es uno de los pilares del sistema de salud y supone el deber de una mutua colaboración entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades orientadas a ayudar a la población más débil²⁷.

Esta Corporación ha manifestado que: “*La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un*

²⁵ Ver entre otras, sentencias T-079 de 2000, T-133 de 2001, T-136 de 2004, T-760 de 2008, T-289 de 2013, T-743 de 2014, T-421 de 2015 y T-036 de 2017.

²⁶ Sentencia T-178 de 2011.

²⁷ Ver sentencias T-173 de 2012 y T-447 de 2014.

servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social²⁸” (subrayado fuera del texto original).

Esto significa que el propósito común de proteger las contingencias individuales se realiza en trabajo colectivo entre el Estado, las entidades a las cuales se le adjudicó la prestación del servicio de salud y los usuarios del sistema, en otras palabras, los recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud deben distribuirse de tal manera que toda la población colombiana, sin distinción de su capacidad económica, acceda al servicio de salud.

Ahora bien, respecto de las EPS, en estas también recae la obligación de garantizar a los usuarios del sistema el acceso a los servicios y tratamientos de salud tomando en cuenta las particulares condiciones económicas de aquellos.

3.3 De otro lado, aunque el acceso al derecho a la salud encuentra límites en el Plan de Beneficios, tanto para el régimen subsidiado como para el contributivo, ya que el sistema general de seguridad en salud no posee recursos ilimitados; ello no puede convertirse en una barrera para que las personas puedan acceder al goce real y efectivo del derecho. En otras palabras, argumentos de carácter administrativo no pueden prevalecer sobre los derechos de las personas ni ser un obstáculo ante la obtención de los servicios de salud²⁹.

4. Reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios de salud que se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud

En relación con los servicios incluidos y excluidos del Plan de Beneficios en Salud³⁰ -de ahora en adelante PBS-, antes llamado Plan Obligatorio de Salud, esta Corporación, como quedó visto en precedencia, ha aplicado un criterio que vincula el derecho a la salud directamente con el principio de integralidad a fin de garantizar que las personas reciban en el momento oportuno todas las prestaciones que permitan la recuperación efectiva de su estado de salud, con independencia de su inclusión en dicho plan de beneficios.

Respecto de los servicios no incluidos dentro del PBS, la jurisprudencia constitucional ha establecido las siguientes reglas de interpretación aplicables para conceder en sede judicial la autorización de un servicio no incluido en el PBS³¹:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan

²⁸ Ver sentencia C-529 de 2010.

²⁹ Sentencia T-791 de 2014. Ver también sentencia T-575 de 2013, T-405 de 2017, entre otras.

³⁰ Resolución 6408 de 2016

³¹ Las cuales fueron delimitadas en la sentencia T-760 de 2008

*obligatorio; (iii) con necesidad el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo*³².

En ese orden, se infiere que si bien el servicio de salud encuentra unos topes, la jurisprudencia constitucional ha admitido que en los casos en los que el afiliado requiera un servicio o un medio que no se encuentra cubierto por el PBS, pero la situación fáctica se acomoda a los requisitos anteriormente relacionados, es obligación de la EPS autorizarlos, en tanto prima garantizar de forma efectiva el derecho a la salud del afiliado.

5. El servicio de transporte como un medio de acceso al servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia

A continuación se hará un breve recuento del servicio de transporte en materia legislativa.

En un comienzo, el servicio de transporte de pacientes no se trataba en el hoy llamado PBS; sin embargo, el parágrafo del artículo 2 de la Resolución 5261 de 1994³³ señalaba que, “(...) cuando en el municipio de residencia del paciente no cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria (...)”.

No fue sino hasta el Acuerdo 08 de 2009³⁴, expedido por la Comisión de Regulación en Salud³⁵ que se reguló el transporte y se incluyó en el Plan Obligatorio de Salud en los siguientes casos:

“ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

³² Sentencias T-760 de 2008, T-025 de 2014, T-124 de 2016, T- 405 de 2017, T-552 de 2017, entre otras.

³³ “por el cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”

³⁴ Por el cual se aclararon y actualizaron integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado. Derogado por el acuerdo 029 de 2011.

³⁵ Conforme a lo ordenado en el numeral decimoséptimo de la sentencia T-760 de julio 31 de 2008

El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Si en concepto del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente.”

Posteriormente, el Acuerdo 029 de 2011 derogó la anterior regulación eliminando el segundo párrafo y añadiendo el siguiente artículo:

*“**Artículo 43.** Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión”.*

Para la ocurrencia de los hechos y presentación de la acción de la tutela, el artículo 126 de la Resolución 6408 de 2016, disponía que el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación cubría el traslado acuático, aéreo y terrestre ya fuera en ambulancia básica o medicalizada en los siguientes supuestos:

“• Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

• Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente, para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Asimismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe”.

Igualmente, el artículo 127 de la citada Resolución establecía: (i) que “*el servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica*”; y (ii) que las EPS o las entidades que hagan sus veces “*deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10³⁶ de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios*”. Derroteros que fueron reproducidos en los artículos 120 y 121 de la Resolución n.º5269 de 2017, normativa vigente en la actualidad.

5.2 Por otro lado, de conformidad con los antecedentes de esta Corporación, el Sistema de Seguridad Social en Salud contiene servicios que deben ser prestados y financiados por el Estado en su totalidad, otros cuyos costos deben ser asumidos de manera compartida entre el sistema y el usuario y, finalmente, algunos que están excluidos del PBS y deben ser sufragados exclusivamente por el paciente o su familia³⁷.

En principio, el transporte, fuera de los eventos anteriormente señalados, correspondería a un servicio que debe ser costeado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar. No obstante, en el desarrollo Jurisprudencial se han establecido unas excepciones en las cuales la EPS está llamada a asumir los gastos derivados de este, ya que el servicio de transporte no se considera una prestación médica, pues se ha entendido como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, visto que en ocasiones, al no ser posible el traslado del paciente para recibir el tratamiento médico ordenado, se impide la materialización del derecho fundamental³⁸.

³⁶ Resolución 6408 de 2016, artículo 10. “*PUERTA DE ENTRADA AL SISTEMA. El acceso primario a los servicios del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC se hará en forma directa a través de urgencias o por consulta médica u odontológica general. Podrán acceder en forma directa a las consultas especializadas de pediatría, obstetricia o medicina familiar según corresponda y sin requerir remisión por parte del médico general, las personas menores de 18 años de edad y las pacientes obstétricas durante todo el embarazo y puerperio, cuando la oferta disponible así lo permita*”.

³⁷ Sentencias T-900 de 2000, T-1079 de 2001, T-1158 de 2001, T- 962 de 2005, T-493 de 2006, T-760 de 2008, T-057 de 2009, T-346 de 2009, T-550 de 2009, T-149 de 2011, T-173 de 2012 y T-073 de 2013, T- 155 de 2014 y T-447 de 2014, T-529 de 2015.

³⁸ Al respecto, ver entre otras, las Sentencias T-760 de 2008, T-550 de 2009, T-352 de 2010, T-526 de 2011, T-464 de 2012 y T-148 de 2016.

Adicionalmente, como se observó en párrafos anteriores, el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna y eficiente, sin que existan obstáculos o barreras que entorpezcan su acceso.

Ante estos eventos la jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez de tutela debe entrar a analizar la situación particular y verificar si se acreditan los siguientes requisitos:

*(...) que, (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario*³⁹.

Así las cosas, no obstante la regulación de los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el PBS, existen otros supuestos en los que a pesar de encontrarse excluido, el transporte se convierte en el medio para poder garantizar el goce del derecho de salud de la persona.

6. Potestades probatorias del juez de tutela

6.1 Pese a que uno de los rasgos característicos de la acción de tutela es la informalidad, esta Corporación ha señalado que en los casos en los que el accionante no aporte las pruebas necesarias que apoyen su pretensión es necesario: *“declarar la facultad – deber que le asiste al juez constitucional de decretar pruebas de oficio, con las cuales se pueda determinar si realmente existe una amenaza o vulneración del derecho”*⁴⁰.

En sentencia T-864 de 1999, la Corporación ha señalado que:

“No obstante lo anterior, el juez constitucional, como cualquier autoridad judicial, puede solicitar pruebas de oficio, como quiera que está a su cargo un mínimo de actuación conducente a reunir los elementos de juicio indispensables para resolver el asunto que se somete a su consideración. Así las cosas, la práctica de pruebas para el juez constitucional no es sólo una potestad judicial sino que es un deber inherente a la función judicial, pues la decisión con fuerza de cosa juzgada, exige una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto planteado”.

En el mismo sentido las sentencias T-699 de 2002, T-683 de 2003, T-131 de 2007 y T-455 de 2015 han determinado el deber de los jueces de decretar pruebas con el fin de proteger efectivamente los derechos fundamentales.

6.2 Ahora bien, esta Corte ha manifestado que una de las razones para argumentar la negativa de un servicio por parte de una EPS, no puede versar

³⁹ Al respecto, ver sentencias T-597 de 2001, T-223 de 2005, T-206 de 2008, T-745 de 2009, T-365 de 2009, T-437 de 2010, T-587 de 2010, T-022 de 2011, T-322 de 2012, T-154 de 2014, T-062 de 2017, T-260 de 2017, T-365 de 2017 y T-495 de 2017.

⁴⁰ Sentencia T-571 de 2015.

sobre la carencia probatoria del usuario para demostrar su incapacidad económica⁴¹.

Lo anterior, debido a que las EPS cuentan con la información necesaria para determinar la condición económica de cada afiliado; sus bases de datos les permiten inferir si la persona puede cubrir o no el costo de lo ordenado. En consecuencia, uno de los deberes de las entidades consiste en valorar si con la información que cuentan o con la que le sea solicitada al usuario a este no le es viable asumir la carga económica que se le está exigiendo. Tal deber se extiende hasta el trámite de una acción de tutela en el caso de que la controversia se traslade a los jueces constitucionales⁴².

En línea seguida, esta Corporación estableció el cumplimiento de unas reglas para determinar la incapacidad del interesado para acceder a un suministro no incluido en el Plan de Beneficios en Salud⁴³, a continuación se mencionarán de manera sucinta: (i) No existe una tarifa legal para que el accionante certifique la incapacidad económica que alega⁴⁴; (ii) la carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS accionada⁴⁵; (iii) sobre los jueces de tutela recae el deber de decretar pruebas mediante las cuales resulte comprobada la incapacidad alegada⁴⁶; y, (iv) ante la ausencia de otros medios probatorios, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos equivalentes a un SMLMV pueden ser tenidos como prueba suficiente para corroborar la incapacidad alegada por el accionante, siempre y cuando no haya sido controvertida por el demandado⁴⁷.

Así las cosas, se concluye que las afirmaciones hechas por los usuarios acerca de la incapacidad económica para costear los tratamientos, servicios o suministros ordenados tienen fundamento en el principio de buena fe, por lo que deben ser tenidas como ciertas hasta que la entidad accionada mediante las pruebas pertinentes las desvirtúe. Adicionalmente, conviene resaltar que la inactividad por parte del juez para cumplir su deber probatorio, *“no puede conducir a que las afirmaciones del accionante al respecto, sean tenidas como falsas, y se niegue por tal razón, la protección de los derechos fundamentales solicitada⁴⁸.”*

Ahora, con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala abordará el caso en concreto.

7. Caso concreto

7.1 De manera previa al examen de los requisitos establecidos para acceder a las pretensiones expuestas en la demanda se harán algunas observaciones

⁴¹ Ver, por ejemplo, T-487 de 2014.

⁴² Además de las ya citadas, ver T-118 de 2011, reiterada en T-380 de 2015

⁴³ Ver sentencias, T-380 de 2015, T-260 de 2017, entre otras.

⁴⁴ SU-819 de 1999, T-683 de 2003, T-906 de 2002, T-002 de 2003

⁴⁵ T-861 y T-523 de 2002, T-260 de 2004

⁴⁶ Ver entre otras, sentencias T-1120 de 2001, T-279 de 2002, T-447 de 2002, T-380 de 2015, T-260 de 2017.

⁴⁷ Ver sentencias, T-744 de 2004, T-805 de 2005 y T-888 de 2006

⁴⁸ Ver sentT-699 de 2002, T-447 de 2002, T-1120 de 2001, T-1207 de 2001, T-380 de 2016, entre otras.

sobre la legitimidad por activa y por pasiva, la inmediatez y la procedencia de la acción de tutela.

Pues bien, sobre la legitimación por activa, el artículo 86 de la Constitución Política, estableció que toda persona puede presentar acción de tutela para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados.

Respecto de la legitimidad para el ejercicio de la acción de tutela y, en consonancia con la norma superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”

De lo anterior se concluye que la titularidad de la acción de tutela se encuentra, en principio, en cabeza del directamente afectado; sin embargo, esta puede ser interpuesta por un tercero cuando: *“(i) quien actúa es el representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados, (ii) el accionante es el apoderado judicial de aquel que alega sufrir un menoscabo a sus derechos, o (iii) el tercero actúa como agente oficioso⁴⁹”*.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la agencia oficiosa resulta de la imposibilidad del titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados de ejercer su propia defensa, hecho que legitima a un tercero indeterminado para actuar a su favor sin la mediación de poder alguno⁵⁰ Para el ejercicio de dicha figura es necesario el cumplimiento de cuatro requisitos: *(i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular); (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados y, (iv) que haya una ratificación oportuna mediante actos positivos e inequívocos del*

⁴⁹ Ver sentencias T- 531 de 2002, T-492 de 2006, T-552 de 2006, T-798 de 2006, T- 947 de 2006, T-301 de 2007, T-995 de 2008, T-330 de 2010, T-677 de 2011 y T-214 de 2014.

⁵⁰ Ver sentencias T-542 de 2006, T-301 de 2007, T-573 de 2008, T-330 de 2010 y T-214 de 2014.

*agenciado en relación con los hechos y las pretensiones consignados en la tutela*⁵¹.

En relación con la necesidad de que se indique o resulte posible inferir que el titular no se encuentra en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa, esta Corporación ha sido enfática en señalar que el juez constitucional tiene el deber de señalar, en la medida de lo posible, las razones y los motivos que condujeron al actor a interponer la acción a nombre de otro, incluso cuando el agente no ha explicado por qué el titular no actuó directamente. Sobre este punto, en la sentencia T-1012 de 1999 esta Corporación precisó lo siguiente⁵²:

“[...] son dos los requisitos exigidos para la prosperidad de la agencia oficiosa: la manifestación de que se actúa como agente oficioso de otra persona y, la imposibilidad de ésta de promover directamente la acción constitucional. ¿Pero qué sucede si en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso que afecta sus derechos, circunstancia esta que se encuentra debidamente acreditada en el caso sub examine, pero, del contenido mismo de la demanda de tutela, se concluye que se actúa en nombre de otro? Considera la Corte que al juez constitucional le compete dentro del ámbito de sus funciones realizar una interpretación del escrito de tutela, en aras de brindar una protección efectiva de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados. Precisamente, uno de los avances más relevantes de la Constitución Política, consiste en hacer prevalecer la realidad sobre las formas, con el fin de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales, se conviertan en enunciados abstractos, como expresamente lo ordena la Carta Política en su artículo 228.”

7.1.2 La Corte también ha dicho que además de tener en cuenta los requisitos exigidos para la procedencia de la agencia oficiosa, el análisis siempre debe tomar en cuenta: (i) la eficacia de los derechos fundamentales; (ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, y (iii) la solidaridad en la defensa de los derechos fundamentales de quienes no están en condiciones de defenderse por sí mismos⁵³.

En el presente caso se advierte una particularidad consistente en que la acción de tutela fue presentada por Bryan Estive Galeano Gómez actuando como agente oficioso del señor Crisanto José Romero Moreno; sin embargo, en el escrito de tutela no se manifestó de manera explícita la incapacidad del afectado para promover su propia defensa.

⁵¹ Ver sentencias T-294 de 2004, T-330 de 2010, T-667 de 2011, T-444 de 2012, T-004 de 2013, T-545 de 2013 y T-214 de 2014.

⁵² Ver también, T-452 de 2001, T-366 de 2007, T-762 de 2013, T-529 de 2015, T-184 de 2017.

⁵³ Sentencia T-677 de 2011.

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 9 junio de 2017 resolvió negar la intervención del señor Bryan Estive Galeano, al considerar que no acreditó la imposibilidad de comparecer al trámite por parte del agenciado y, en su lugar, la admitió a nombre del señor Crisanto José Romero Moreno.

Esta determinación es errada comoquiera que la falta de legitimación en la causa por activa desencadena su improcedencia. Adicionalmente, el juzgado pasó por alto que ante una situación como esta puede citar al agenciado para ratificar la actuación o solicitar su subsanación, esto es, que se indiquen las razones por las cuales el afectado no actúa por sí mismo.

No obstante lo anterior, el accionante confirmó los hechos y pretensiones de la demanda a través del escrito de impugnación, luego, en cumplimiento de los principios anteriormente mencionados -la eficacia de los derechos y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal-, el trámite se mantendrá incólume.

7.2 Respecto de la legitimación por pasiva, se concluye que la Nueva EPS S.A. es una entidad particular prestadora del servicio público de salud a la que está afiliado el accionante en calidad de cotizante y por tal razón son admisibles acciones de tutela en su contra.⁵⁴

7.3 En relación con la inmediatez se observa que el tratamiento solicitado fue ordenado el 3 de mayo de 2017 y la acción de tutela fue interpuesta el 8 de junio de 2017. Es decir que transcurrieron menos de dos meses desde el momento en el que el médico realizó la remisión hasta cuando fue presentada la acción de tutela, lo que para la Sala es un tiempo razonable.

7.4 Ahora bien, sobre el requisito de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha establecido algunos eventos en los cuales la acción de tutela resulta procedente aun cuando exista otra vía, estos son a saber:

“(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y, por lo tanto la situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”⁵⁵.

En el caso del derecho a la salud, la Ley 1122 de 2007 previó un mecanismo administrativo para resolver controversias entre los usuarios y las EPS, cuyo

⁵⁴ Constitución Política, art. 86; Decreto 2591/91, art. 42

⁵⁵ Sentencia T-177 de 2011 y T- 291 de 2014, por ejemplo.

trámite está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo, respecto de este medio, la Corte también ha expuesto su criterio en torno de su idoneidad y eficacia y ha concluido que *“existen 2 falencias graves en la estructura de este especial procedimiento⁵⁶, estas son: (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que respecto de la decisión adoptada se pueda interponer⁵⁷ y (ii) la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado”⁵⁸.*

En el fallo mencionado se concluyó que la inexistencia de un término para resolver el recurso de apelación implicaría que el trámite tenga una duración indefinida, lo cual, en casos de personas que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, deja en evidencia que el medio es inidóneo y carece de eficacia.

En este punto vale la pena indicar que de acuerdo con la información que obra en el expediente y sobre la cual se profundizará en párrafos posteriores, el accionante padece una grave enfermedad, tiene una edad avanzada y hace parte de una población socioeconómicamente desfavorecida.

En cuanto a la segunda falencia, en esta oportunidad se agrega que la existencia de órdenes que no prevén un mecanismo para su ejecución, además de reflejar que el trámite no es idóneo ni eficaz, contraría la garantía de efectividad de los derechos.

7.5 Superado el anterior análisis, la Sala se concentrará en el examen de devenir procesal y probatorio para definir si en este caso procede la concesión del amparo.

En cumplimiento de ese objetivo es posible determinar que el señor José Crisanto Romero Moreno de cincuenta y nueve (59) años de edad, padece de insuficiencia renal terminal N180 y requiere asistir a 26 terapias de remplazo renal durante 6 meses en las instalaciones de una IPS ubicada en su ciudad de residencia. Dentro de las indicaciones de la remisión se establece que debe acudir *“sin falta 3 veces por semana ya que se puede comprometer su vida”⁵⁹.*

De acuerdo con lo dicho en la demanda, el actor enfrenta serias dificultades para acceder a los servicios descritos como resultado de su situación económica, pues según las pruebas que obran en el expediente no labora

⁵⁶ Se llama la atención en que si bien esta Corporación en las Sentencias C-117 y C-1 19 de 2008 estudió la constitucionalidad de este procedimiento y determinó que se encontraba de acuerdo con el ordenamiento jurídico superior, la Corte jamás se pronunció respecto de su idoneidad y eficacia.// Se destaca que, en Sentencia C-1 17 de 2008, la Corte evaluó el posible desconocimiento al principio de (i) imparcialidad e independencia en la administración de justicia, como producto de que, con ocasión a las facultades otorgadas, el ente que ejerce la vigilancia y control de las E.P.S. es el mismo que ahora entra a juzgarlas respecto de las controversias allí contempladas, y (ii) doble instancia, pues no se dispuso expresamente la manera en que se impugnará lo decidido.// Por su parte, en Sentencia C-1 19 de 2008 se estudió si la norma en comentarios otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud competencias que constitucionalmente habían sido exclusivamente otorgadas a los jueces de tutela.

⁵⁷ Ver, entre otras, las Sentencias T-728 de 2014 y T-121 de 2015.

⁵⁸ Sentencia T-529 de 2017.

⁵⁹ Folio 5 cuaderno uno

actualmente y aunque el inmueble en el cual habita es de su propiedad, el mismo está ubicado en una zona periférica de la ciudad calificada en estrato bajo- bajo⁶⁰, su único ingreso corresponde a un salario mínimo y está a cargo de su esposa quien, según la información suministrada a la Corporación por el accionante, actualmente padece de Parkinson.

En este punto vale la pena señalar que la Corte⁶¹, en materia pensional, ha considerado que la simple posesión de un predio no es prueba suficiente desacreditar la dependencia económica de otra persona, en otras palabras, poseer un bien inmueble no deja en evidencia que la persona posea capacidad económica para proveerse su propia subsistencia, deducciones a las cuales se acude por analogía en esta ocasión.

Ahora bien, en este punto vale la pena precisar que la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá informó⁶², que el señor Crisanto José Romero Moreno actualmente registra con un vehículo automotor de placas YJW94C, situación que no se correspondía con la suministrada por el accionante. Por lo anterior, mediante auto de 15 de enero de 2018, se le solicitó al accionante aclarar la información suministrada.

Mediante escrito del 25 de enero de 2018, el actor manifestó que el vehículo que figura en el informe corresponde a una motocicleta la cual fue comprada para su hijo Javier Romero Vélez, aduce que nunca le ha pertenecido y que en la actualidad la propiedad le corresponde a un sobrino, como consecuencia de una compraventa efectuada por necesidades económicas de su hijo⁶³.

Lo anterior refuerza la idea de que el núcleo familiar que sería el soporte del accionante tampoco cuenta con privilegios económicos que permitan satisfacer las necesidades objeto de demanda.

En este punto vale la pena señalar que las condiciones económicas particulares deben ser valoradas, además, de cara al tipo de servicio que se solicita, esto es, se debe efectuar una ponderación entre las circunstancias socioeconómicas y el costo de los servicios que se solicitan.

En el caso concreto se advierte que el accionante vive en un sector alejado⁶⁴ de la IPS en la cual se le realizan unas terapias⁶⁵ que si bien son ambulatorias, como se dirá más adelante, generan consecuencias temporalmente inhabilitantes, luego, no es razonable exigir que el actor, dadas las condiciones económicas acabadas de mencionar, utilice el medio de transporte que, por lógica, estaría a su alcance, sino que debe acceder a servicios de transporte

⁶⁰ “*Diagnóstico de los aspectos físicos, demográficos y socioeconómicos de 2011*” Secretaría Distrital de Planeación (página73)

<http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/InformacionTomaDecisiones/Estadisticas/Documentos/An%Elisis/DICE081-MonografiaCiudadBolivar31122011.pdf>

⁶¹ C-111 de 2006, T-326 de 2013, T-124 de 2017, entre otras.

⁶² Oficio OPTB-2925/17 del 17 de noviembre de 2017. folios 28 a 31 de cuaderno principal

⁶³ Cuaderno principal, folios 40 a 43.

⁶⁴ Transversal 49 A n.º 69F-05 Sur

⁶⁵ IPS ubicada en la Cra 15 n.º 1-59 Sur

particulares que sí se adapten a sus necesidades físicas y que extralimitan la previsión de gastos de una familia en tales condiciones.

7.6 Sobre este aspecto –la capacidad económica del accionante como requisito para ordenar el servicio de transporte-, se advierte que las decisiones revisadas se basaron únicamente en los hechos informados por el actor en el escrito de tutela, en el cual, en efecto, no existía más información sobre su actual situación económica y la de su núcleo familiar que la manifestación de encontrar afectado su mínimo vital; no obstante, como ya se dijo, era deber de las jueces de instancia practicar las pruebas necesarias para identificar su situación socioeconómica.

Adicionalmente, se pasó por alto la regla jurisprudencial mencionada en acápites precedentes según la cual le corresponde a la parte accionada desvirtuar la información suministrada por el actor. En las instancias se omitió que al no haberse obtenido una información contraria a la indicada en la acción de tutela, es decir, una prueba que controvirtiera la manifestación del accionante acerca de la afectación de su derecho al mínimo vital como consecuencia de la negativa de los costos del transporte⁶⁶, surgía una verdad probatoria consistente, en el caso concreto, en que el accionante no contaba con los recursos para asumir los gastos de traslado.

No obstante, la pasividad probatoria que se advierte en las instancias y la no aplicación de la subregla acabada de mencionar –la inversión de la carga de la prueba-, la Corporación, a través de autos del 15 de noviembre de 2017 y 15 de enero de 2018 acopió los elementos de juicio que le permitían obtener certeza respecto de un hecho que según los fallos revisados era discutible.

Como resultado de la actividad probatoria de la Corte se obtuvo la información antes mencionada que permite inferir que el accionante no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar los costos de un transporte adecuado a sus necesidades.

Téngase en cuenta además que el tratamiento ordenado corresponde a terapias de hemodiálisis, procedimiento sobre el cual esta Corporación, en caso similar al presente, se pronunció en los siguientes términos:

*“Por otra parte, es clara la imposibilidad del señor Edilberto Orozco Mafla para trasladarse a otra ciudad, en un medio de transporte masivo como lo sostuvo el juez de segunda instancia, pues conforme a lo señalado en precedencia la terapia de hemodiálisis comprende un proceso simultáneo en el que por un lado, a través de un acceso vascular se extrae parte de la sangre, que es llevada a una máquina y pasada por un filtro y unas soluciones dializantes para limpiarla de las toxinas y al mismo tiempo, por otro acceso vascular se instila, la sangre ya libre de toxinas, todo esto genera en el paciente pos diálisis una “depleción” (sic) (pérdida) transitoria de volumen plasmático, **lo que***

⁶⁶ Folios 1 a 3 y Folios 30 a 33 cuaderno uno.

provoca inestabilidad hemodinámica que puede dar origen a complicaciones durante la terapia⁶⁷.

*Aunado a lo anterior, la extracción de parte del líquido que como resultado del daño renal que padece, el cuerpo no es capaz de expulsar; **ésta pérdida rápida de volumen plasmático genera cambios en la tensión arterial que producen hipertensión, hipotensión, taquicardia, mareo, ortostatismo**⁶⁸; **por lo que resulta lógico que se autorice el transporte en taxi, como lo pretende el accionante a fin de salvaguardar su integridad**⁶⁹. (Resaltado fuera del texto original).*

De acuerdo con lo dicho, se advierte que se satisfacen los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional para autorizar el servicio de transporte, toda vez que, se reitera, ni el accionante ni su núcleo familiar cuentan con los recursos económicos suficientes para financiar el valor del traslado y de no efectuarse la remisión, se pone en riesgo la vida, la integridad física, la dignidad, el estado de salud del accionante, dada la patología que padece, la cual es considerada una enfermedad catastrófica⁷⁰ y además se aportó el concepto médico, según el cual en caso de no asistir a las terapias ordenadas al menos 3 veces a la semana se puede comprometer la vida del accionante⁷¹.

7.7 Por otra parte, los jueces de instancia adujeron que la acción de tutela carecía de prueba que soportara la negación del servicio de transporte solicitado⁷² y la integralidad del servicio de salud⁷³ por parte de la EPS; sin embargo, en la respuesta emitida por la Nueva EPS se indicó, -respecto de la negación que no evidenciaron las instancias- que la solicitud versaba sobre servicios excluidos del POS, hoy PBS, correspondiéndole así al usuario o a su núcleo familiar asumir su costo.

Sobre el tratamiento integral la accionada señaló que la EPS garantiza la integralidad del servicio de salud de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la ley vigente, considerando que el acceso a esta pretensión desbordaría el alcance de la acción de tutela ya que se trataría de una protección de derechos a futuro.

Ahora bien, sobre el particular es necesario señalar, como se ha indicado en desarrollo de esta providencia, que el médico tratante adscrito a la Nueva EPS mediante orden de 3 de mayo de 2017 remitió al paciente a 26 Terapias de Reemplazo Renal, a las cuales debe asistir sin falta tres veces por semana o de lo contrario se puede ver comprometida su vida. Igualmente, a través de

⁶⁷ Jorge Antonio Coronado Daza y Marco Lujan Agámez. (octubre – diciembre de 2009). *Revista ASOCOLNEF – Organización Oficial de la Asociación Colombiana de Nefrología e Hipertensión Arterial, volumen 1 (4)*, 18-23. <http://www.asocolnef.com/index.php/revista>

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ T-275 de 2016.

⁷⁰ Ver en sentencia T-421 de 2015, basada en la interpretación de la Resolución 2048 de 2015, en la cual se encuentra contenida en la lista de enfermedades huérfanas designada con el número 1195

⁷¹ Cuaderno 1, folios 4 y 5.

⁷² Cuaderno 1, folio 25

⁷³ Cuaderno 2, folio 8

oficio de la misma fecha solicitó a la EPS se le brindara “*traslado básico convencional de la unidad renal a casa y viceversa para cumplir con terapia de soporte vital tipo hemodiálisis*”⁷⁴ al accionante.

De lo anterior, es posible inferir que la EPS tenía acceso a la orden y a la solicitud emitida por el médico tratante, pues la implementación de la plataforma MIPRES⁷⁵ contiene el Reporte de Prescripción de Servicios y Tecnologías en Salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de todos los afiliados al sistema, siempre que sea emitida por un profesional en salud adscrito a la EPS, lo cual se adecúa al caso en estudio.

Así las cosas, este argumento tampoco resultaba eficaz para negar el amparo y para no proceder con el análisis de los requisitos definidos jurisprudencialmente para ordenar el transporte de un paciente que, aunque debe asistir a un tratamiento en su mismo lugar de residencia en un medio diferente a los señalados en la Resolución 6408 de 2016, no cuenta con los recursos para atender el costo del desplazamiento.

7.8 En suma, se demostró que (i) el accionante figura como cotizante por ser beneficiario de una pensión de invalidez por riesgo común, la cual corresponde al monto de un (1) salario mínimo legal mensual vigente; (ii) pese a que en la tutela el accionante no manifestó la incapacidad expresa de cubrir el costo del transporte a través de las pruebas aportadas al expediente⁷⁶ resulta posible determinar que carece de los medios económicos para sufragar los gastos de transporte requeridos para el cumplimiento de su tratamiento, pues, como ya se dijo, actualmente no labora, su único ingreso corresponde a la pensión antes mencionada y se encuentra a cargo de su esposa quien padece Parkinson; (iii) los servicios requeridos han sido prescritos por el médico tratante adscrito a la entidad prestadora de salud del accionante y (iv) de no efectuarse las terapias mínimo tres (3) veces a la semana se puede comprometer su vida.

Los anteriores presupuestos también acreditan las condiciones fijadas por la jurisprudencia en relación con servicios que no están incluidos en el PBS debiéndose agregar que se acreditó orden del médico tratante en la cual además se indicó que: *de no asistir sin falta a las terapias ordenadas 3 veces a la semana se puede comprometer su vida*, lo cual se adecúa al requisito de poner en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario de no efectuarse la remisión.

7.9 En cuanto a la pretensión formulada por el accionante encaminada a que se ordene a la demandada ofrecerle un tratamiento integral, debe acotarse que en el caso concreto no se evidencian negativas a solicitudes de otros servicios ordenados. Por lo anterior, no resulta lógico otorgar la protección de derechos a futuro por la sola negación del servicio de transporte, cuya obligatoriedad,

⁷⁴ Cuaderno uno, folios 4 y 5.

⁷⁵ Plataforma de ministerio de salud implementada desde diciembre de 2016, “Mi Prescripción” (Mipres).

⁷⁶ Cuaderno principal, folios 20 a 43.

debe reconocerse, no es un tema normativo pacífico, dado que, como se dejó visto en precedencia, existen normas que regulan los casos en los cuales está previsto expresamente como un servicio a cargo de las EPS.

De hecho, debe tenerse presente que ha sido por la vía jurisprudencial que se han decantado las múltiples contingencias que se presentan entorno de este servicio y se ha determinado que el mismo deba estar a cargo de dichas entidades.

No obstante lo anterior, tratándose de la enfermedad *Insuficiencia Renal* que, como se reseñó en precedencia, hace parte de la lista de enfermedades huérfanas contenida en la Resolución 2048 de 2015, designada con el número 1195 y, en consecuencia, es considerada una enfermedad catastrófica, resulta evidente que el accionante requiere una atención periódica, oportuna, continua y especializada para su tratamiento, dada la exposición a múltiples riesgos y complicaciones. En este sentido, pese a que no se dan los presupuestos para asumir que la EPS va a negar otros servicios, es necesario que esta actúe de conformidad con los principios desarrollados a lo largo de la providencia.

Lo anterior impone como conclusión la prevención a la entidad demandada para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar servicios que hayan sido debidamente ordenados por el médico tratante del señor Romero Moreno.

8. En síntesis, según lo desarrollado en párrafos anteriores, es equívoco interponer obstáculos que impidan el acceso a los servicios de salud. Bajo este entendido y en cumplimiento de las subreglas jurisprudenciales enunciadas, se le debe suministrar el transporte a una persona que no cuenta con los recursos económicos para sufragarlo aun cuando dicho traslado no esté incluido en el PBS, caso en el cual la entidad promotora de salud es la obligada a correr con dichos gastos.

Asimismo, se negará la pretensión del tratamiento integral pues, como se dijo en precedencia, la negativa de un solo servicio no es argumento suficiente para prever que la entidad reiterará un comportamiento negligente de cara a las nuevas solicitudes que puedan presentarse para superar la patología que afecta al accionante. Sin embargo, se exhortará a la entidad demandada para que se abstenga de negar servicios que hayan sido debidamente ordenados por el médico tratante del señor Romero Moreno

8.1 Por lo expuesto, la Sala procederá a revocar los fallos proferidos por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Cuarta Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y al mínimo vital. En consecuencia, se ordenará a la Nueva EPS que cubra los gastos de transporte a las instituciones donde se deben realizar las terapias de *reemplazo renal* ordenadas por el médico tratante al señor Crisanto José Romero Moreno.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Cuarta Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 1 de agosto de 2017, que a su turno confirmó el fallo dictado por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de junio de 2017, dentro del proceso de tutela promovido por el señor Crisanto José Romero Moreno contra la Nueva EPS por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en consecuencia, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la vida, a la salud, y al mínimo vital del accionante. De igual manera, **NO TUTELAR** la prestación de los servicios de salud de manera integral.

SEGUNDO: ORDENAR a la Nueva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice el servicio de transporte que el accionante requiere para trasladarse a sus sesiones de terapia, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante.

TERCERO: EXHORTAR a la Nueva EPS para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar servicios que hayan sido debidamente ordenados por el médico tratante al señor Crisanto José Romero Moreno para el tratamiento de la patología N-180 Insuficiencia Renal Terminal.

CUARTO: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General