Floridablanca, cinco (5) de junio de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO: 2023-00072
ACCIONANTE: LEONOR MARTÍNEZ
AGENCIADO: ROSA JULIA MARTÍNEZ
ACCIONADO: SANITAS E.P.S
ASUNTO: SENTENCIA DE TUTELA

A S U N T O

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora LEONOR MARTÍNEZ- como agente oficiosa de la señora ROSA JULIA MARTÍNEZ - contra SANITAS EPS, trámite al que se vinculó a la Secretaria de Salud Departamental, ante la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la salud, la seguridad social y la igualdad.

A N T E C E D E N T E S

1.- La agente oficiosa de la señora Rosa Julia Martínez expuso - entre otras cosas - que progenitora tiene 82 años de edad, está afiliada a SANITAS EPS a través del régimen subsidiado de salud – categoría SISBEN A3 -, padece una enfermedad que requiere diálisis tres veces por semana y otras complicaciones a la salud como gonartrosis, polineuropatía diabética, dolor crónico multifocal mixto, cefalea crónica, síndrome de inestabilidad y obesidad; carece de recursos económicos para sufragar los gastos de transporte porque vive en pobreza extrema y ello le impide acudir a las diálisis semanales, por lo que el 14 de octubre de 2022 solicitó a la EPS asumirlos y así materializar los servicios médicos ordenados, pero la entidad se los negó, motivos suficientes acudir al presente trámite, a fin que se ordene el servicio de transporte urbano.

2.- Una vez avocado conocimiento, se vinculó al representante legal de Sanitas EPS y al Secretario de Salud de Santander, informando la Subgerente Regional de Sanitas EPS informó que i) la usuaria Rosa Julia Martinez se encuentra activa en el SGSS en salud en el régimen contributivo[1] (sic) a través de esa entidad; ii) los servicios de transporte fuera del lugar de residencia de la paciente carecen de prescripción MIPRES, o sea, no son servicios de salud y la familia - en su deber de solidaridad – está llamada proveer lo necesario para

[1] Al consultar la base de datos pública del ADRES se verificó que su afiliación radica en el régimen subsidiado

ella; y iii) la EPS ha brindado la atención en salud requerida oportunamente; por el contrario - y de accederse a lo demandado - pidió conceder el recobro.

El Secretario de Salud Departamental guardó silencio dentro del término otorgado.

C O N S I D E R A C I O N E S

3.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y ágil para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particulares, caracterizado por su naturaleza subsidiaria y residual, de ahí que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, o cuando se utilice como herramienta transitoria para evitar que se configure un perjuicio irremediable.

4.- Atendiendo lo consignado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1º del artículo 1° del Decreto 333 de 2021, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, toda vez que estaba dirigida contra una entidad promotora de salud, Sanitas EPS.

5.- Conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, de tal modo que la señora Leonor Martinez estaba legitimada para interponerla como agente oficiosa de su progenitora Rosa Julia Martínez, paciente de múltiples enfermedades y que cuenta con 82 años de edad.

6.- El problema jurídico se contrae a determinar si Sanitas EPS vulneró los derechos a la vida en condiciones dignas, la salud, la seguridad social y la igualdad de la señora Rosa Julia Martínez al negarle el servicio de transporte urbano, en virtud del tratamiento de sus patologías.

La respuesta surge afirmativa, en tanto que la atención médica ordenada y autorizada no puede materializarse si no se reconoce el servicio de transporte urbano para el traslado de la agenciada cada vez que se requiera debido a las patologías que padece, en tanto que la capacidad económica de su núcleo familiar impide asumir de manera directa el costo de lo anunciado, lo cual emerge evidente ya que pertenecen al régimen subsidiado de salud y

Sanitas EPS no acreditó un escenario distinto[2], por lo que el amparo constitucional tiene vocación de prosperar.

6.1. Las premisas jurídicas sobre las cuales se soportan las afirmaciones anteriores son las siguientes:

6.1.1. Carácter autónomo del derecho a la salud. En la actualidad, se predica la naturaleza fundamental del derecho a la salud, lo cual - sin duda - indica que ante su vulneración o puesta en peligro la protección podría implorarse – de forma independiente y autónoma - a través de la acción de tutela, sin que se supedite a la violación de otro derecho fundamental. Al respecto el máximo Tribunal Constitucional señaló que:

"…la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud "en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal" para pasar a proteger el derecho "fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional "(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud..."[3]

La H. Corte Constitucional pacíficamente ha discernido respecto del derecho fundamental a la salud lo siguiente:

"…la Ley 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible. En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela…"[4]

6.1.2. Acerca del derecho a la salud en las personas de la tercera edad, como sujetos de especial protección refirió que

"…Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47) la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a

[2] Todo lo contrario, advirtió que se encuentra vinculada al régimen contributivo, pero lo cierto es que pertenece al régimen subsidiado
[3] Sentencia T-700 de 2009
[4] Sentencia T-062 de 2017

las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión (como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores) son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales…"[5]

6.1.3. Frente a los gastos de transporte para el paciente, el alto Tribunal Constitucional ha pregonado que:

"… En las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro; b) En los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagarán por la unidad de pago por capitación básica; c) No es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal de los servicios o tecnologías en salud incluidos por el PBS, debido a que esto es financiado por el sistema; d) No requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema (prescripción, autorización y prestación). Es obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización del servicio en un municipio diferente al domicilio del paciente; e) Estas reglas no son aplicables para gastos de transporte interurbano, ni transporte intermunicipal para la atención de tecnologías excluidas del PBS.[6]

6.1.4. En cuanto al servicio de transporte, como instrumento para garantizar el tratamiento de salud, señaló que:

"…no es catalogado como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional y, actualmente, por el ordenamiento jurídico, como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, ya que, en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido, conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental 6.2 Anteriormente este servicio no se encontraba incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud. El parágrafo del artículo 2º de la Resolución 5261 de 1994 señalaba, en forma expresa, 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 (...) ". 6.3. A partir de algunos casos, esta Corte advirtió que, si bien el transporte no podía considerarse una prestación de salud, en ciertos eventos en los que, debido a las difíciles y particulares circunstancias económicas en las que se encontraban algunas personas, el acceso efectivo a determinado servicio o tratamiento en salud dependía del costo del traslado. 6.4. Así, en

[5] Sentencia T-193 de 2013
[6] Sentencia SU-508 de 2020

aplicación del principio de solidaridad social, los jueces de tutela vieron la necesidad de ordenar, de manera excepcional, el reconocimiento y pago del valor equivalente a los gastos de transporte, aunque el mismo no se encontrara incluido dentro del POS, siempre que el paciente y sus familiares carecieran de los recursos económicos necesarios para dichos traslados. 6.5.Por esta misma línea garantista, más adelante, el Ministerio de Salud y Protección Social reconoció e incluyó tal prestación a través de las Resoluciones 5261 de 1994 y 5521 de 2013 para los regímenes subsidiado y contributivo, estableciéndose 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 cuando: (i) se certifique 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 en su lugar de residencia. 6.6. Adicionalmente, procede el traslado de pacientes cuando su precario estado de salud lo requiera, es decir, cuando el concepto del médico tratante sea favorable para ello. También, si el médico lo prescribe, se incluirá la movilización del paciente de atención domiciliaria. 6.7. En esta medida, el traslado de los pacientes ambulatorios, también comenzó a cubrirse siempre que se necesitara de un tratamiento incluido en el POS y no se encontrara disponible en el lugar de residencia del afiliado.6.8. Bajo ese entendido, se dispuso que el servicio de transporte y de traslado de pacientes hacen parte de los contenidos del POS, tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado, considerando que se trata de una prestación claramente exigible y de la cual depende, en algunos casos, el goce efectivo del derecho fundamental de la salud del paciente. 6.9. En línea con los anteriores precedentes normativos, este Tribunal Constitucional ha sido enfático en sostener que resulta desproporcionado imponer cargas económicas de traslado a personas que no pueden acceder a un determinado servicio relacionado con la salud, por carecer de los recursos económicos. En efecto, "nace para el Estado la obligación de suministrarlos, sea directamente, o a través de la entidad prestadora del servicio de salud (...) para los efectos de la obligación que se produce en cabeza del Estado, es indiferente que el afectado se encuentre en el régimen contributivo o subsidiado". Ahora bien, en cuanto a la capacidad económica del afiliado esta Corte ha señalado que cuando este afirma que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, se invierte la carga de la prueba. Por consiguiente, es la EPS la que debe entrar a desvirtuar tal situación, en la medida en que cuenta con las herramientas para determinar si es verdadera o no…"[7](subrayado fuera de texto).

6.1.5. Respecto del transporte urbano, pregonó que

"…puede concluirse que el transporte, pese a no ser una prestación de salud, es un mecanismo necesario para el acceso a los servicios del sistema. Cuando este se convierte en una barrera para seguir un tratamiento orientado al logro del mayor nivel de salud posible, por la imposibilidad de asumir su costo por parte del paciente y su familia, su suministro corresponde a las EPS sin importar que se trate de transporte urbano…conforme la jurisprudencia de esta Corporación, es posible adjudicar la responsabilidad de la prestación del servicio de transporte urbano a la EPS, cuando este sea indispensable para el desarrollo de un tratamiento, como consecuencia de las condiciones de salud

[7] T-074 de 2017

del usuario y de la situación económica en la que se encuentre junto con su familia, máxime si se trata de un menor de edad con un diagnóstico que dificulta su desplazamiento en un servicio de transporte público, bien sea colectivo o masivo…"[8]

6.1.6. Respecto a los eventos excepcionales en los que la EPS debe cubrir el servicio de transporte, el alto Tribunal delimitó las siguientes reglas, a saber:

"…i) que 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) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado…"[9]

6.1.7. Como reglas probatorias específicas para establecer la capacidad económica de quien aduce no tenerla, precisó la alta Corporación, lo siguiente:

"…De este modo, de presentarse una acción de tutela, las EPS deben aportar la información al juez de amparo constitucional, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el POS o frente a los cuales se alegue la imposibilidad de asumir el valor de los pagos moderadores. Se trata de una presunción que puede ser desvirtuada con la información que sea aportada al proceso. En caso de no hacerlo, el operador judicial, debe presumir la buena fe de toda persona, por lo que debe suponer la veracidad de los reclamos que exponen los ciudadanos respecto a cuál es su situación económica. Las reglas aplicables han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: **a.** La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS 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. Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas se tengan como prueba suficiente. **b.** Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado. Asimismo, en este escenario es necesario que el juez de tutela revise el valor y periodicidad de los copagos y de las cuotas moderadoras, en aras de establecer cuan gravosa es la erogación económica en atención a los ingresos del accionante…"[10].(Subrayado fuera de texto).

[8] T-404 de 2019
[9] Sentencia T-206 de 2013

[10] Sentencia SU-508 de 2020 M.P. Alberto Rojas Ríos y José Fernando reyes

6.2. **Premisas de orden fáctico**. Se encuentra probado dentro del presente trámite constitucional porque obran elementos de juicio que así lo acreditan o no fue objeto de discusión entre las partes, lo siguiente:

i) La señora Rosa Julia Martinez de 82 años de edad, hace parte del régimen subsidiado de salud a través de Sanitas EPS, lo que indica que es sujeto de especial protección porque hace parte de la población más vulnerable desde el punto de vista económico, condición que la EPS no desvirtuó y, por ende, debe presumirse que la manifestación del escrito de tutela y el hecho de estar vinculada al régimen subsidiado y al SIBEN A3 llevan a colegir que carece de recursos económicos para sufragar los gastos que implican el traslado a recibir las diálisis 3 veces por semana, dentro del mismo municipio en que reside.

ii) Conforme se desprende de la historia clínica adjunta, la agenciada presenta las siguientes patologías: dolor crónico multifocal mixto, gonartrosis, po-neuropatia, poli neuropatía diabética, cefalea crónica, síndrome de inestabilidad, obesidad y falla renal con hemodiálisis, tres veces por semana monorenal, todo lo cual le impide valerse por sí misma y, por ende, requiere del cuidado y la intervención de un tercero para el desarrollo de sus actividades cotidianas.

iii) Sanitas EPS ha garantizado el tratamiento médico hasta ahora requerido por el accionante.

7.- **Conclusiones.** Al contrastar las premisas de orden fáctico con las glosas legales y jurisprudenciales, se logró dilucidar lo siguiente:

7.1. La situación emerge clara, la señora Rosa Julia Martinez es sujeto de especial protección constitucional – tiene 82 años de edad -, padece dolor crónico multifocal mixto, gonartrosis, poli-neuropatia, poli neuropatía diabética, cefalea crónica, síndrome de inestabilidad, obesidad y falla renal con hemodiálisis, tres veces por semana monorenal, de ahí la doble connotación en cuanto a su protección, la cual se reafirma dado que se encuentra afiliada en el régimen subsidiado de salud, precisamente por carecer de recursos económicos.

7.2. Cierto es que - de conformidad al artículo 127 de la Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016 - el servicio de transporte - no se encuentra incluido dentro del plan de beneficios, pues la accionante y su núcleo familiar no hacen parte de una zona especial por dispersión geográfica que permita cargar el gasto a la prima adicional establecida para este fin.

7.3. Sin embargo, por vía jurisprudencial, el Alto Tribunal Constitucional avaló de manera excepcional que se reconozcan los gastos de transporte a cargo de la EPS aun en el evento de estar excluidos del plan de beneficios, precisamente por la situación económica del usuario, siempre y cuando se superen los requisitos establecidos en párrafos anteriores, los cuales se entienden satisfechos en el caso concreto por las siguientes razones:

7.4. La accionante manifiesta que carece de los recursos económicos para asumir de forma particular el servicio de transporte ocasionados por los traslados de su progenitora; la EPS accionada se niega asumir los costos del servicio de transporte, bajo el argumento de que la situación del paciente no se enmarca dentro de los supuestos señalados en el plan de beneficios, pero no aportó elemento de convicción alguno que acredite que la paciente o su familia cuenta con alguna clase de recursos que permita sufragar esos gastos, lo que emerge como un impedimento real al acceso a los servicios de salud, que vulnera los derechos fundamentales de la afectada.

7.5. Entonces, sin mayores elucubraciones es fácil concluir que se está vulnerando el derecho fundamental a la salud y la tutela emerge como la única vía de protección confiable; así las cosas, se amparará la garantía fundamental y, en consecuencia, se ordenará al representante legal de Sanitas EPS, que - dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación del presente trámite y si aún no lo ha hecho – que autorice y materialice el servicio de transporte de la señora Rosa Julia Martínez, a fin de recibir el tratamiento de diálisis los días martes, jueves y sábado desde su lugar de residencia ubicada en la calle 8 N° 12 – 100 Barrio Villabel de Floridablanca hasta la Clínica Foscal ubicada en la calle 157 N° 23 - 99 de Floridablanca y regreso a su domicilio, cobertura que se mantendrá en el evento de algún cambio en las direcciones.

7.6. Por último, no es procedente ordenar el recobro de los servicios como lo pretende la entidad demandada, de conformidad con la normativa vigente, dado que con la expedición de la resoluciones números 205 y 206 de 2020 del Ministerio de Salud se fijaron los presupuestos máximos con el fin de que las EPS sean las encargadas de gestionar y administrar los recursos para servicios y medicamentos no financiados con cargo a la UPS y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA – en tutela -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: **TUTELAR** los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la salud, la seguridad social y la igualdad de ROSA JULIA MARTÍNEZ, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: **ORDENAR** al Representante Legal de SANITAS EPS o quien haga sus veces que - dentro del término de cuarenta ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente decisión y si aún no lo ha hecho – autorice y materialice el servicio de transporte a favor de la señora ROSA JULIA MARTÍNEZ, a fin de recibir el tratamiento de diálisis los días martes, jueves y sábado desde su lugar de residencia ubicada en la calle 8 N° 12 – 100 del Barrio Villabel de Floridablanca hasta la Clínica Foscal, ubicada en la calle 157 N° 23 - 99 de Floridablanca y regreso a su domicilio, cobertura que se mantendrá en el evento de algún cambio en las direcciones, so pena de incurrir en desacato de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado.

N O T I F Í Q U E S E y C Ú M P L A S E

JOSE ALBERTO PLATA ANGARITA
JUEZ