

REPUBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE CLEMENCIA

Dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020)

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO	13 222 40 89 001 2020-00076-00
ACCIONANTE	JUSTO CHICO RODRIGUEZ
AGENTE OFICIOSO	PERSONERIA MUNICIPAL DE CLEMENCIA
ACCIONADO	E.P.S COMFAMILIAR
INSTANCIA	PRIMERA
DECISIÓN	TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD Y VIDA DIGNA

1. **EL ASUNTO:**

Procede el Despacho a resolver sobre la acción de tutela incoada por el señor PERSONERO MUNICIPAL DE CLEMENCIA, en favor del señor JUSTO CHICO RODRIGUEZ, contra E.P.S COMFAMILIAR con el objetivo que se ampare el derecho fundamental a la salud y vida digna del último.

2. **HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA ACCIÓN:**

1. Se informa que, ante la personería se acercó la señora, SABINA CHICO MORALES, identificada con la cedula de ciudadanía No. 33.025.260, expedida en Clemencia – Bolívar, actuando en nombre de su padre el señor JUSTO CHICO RODRIGUEZ, identificado con la cedula de ciudadanía No. 9.063.350 a presentar queja formal en contra de la E.P.S COMFAMILIAR.
2. Manifiesta la señora que en cita de NEFROLOGIA, el pasado 08 del mes de julio del presente año en la IPS CENTRO MEDICO COMFAMILIAR, PIE DE LA POPA CARTAGENA, tal como le fue recomendado por el médico tratante del hospital universitario del caribe, es valorado con: ENFERMEDAD ACTUAL PACIENTE CON DIAGNOSTICO FALLA CARDIACADESCOMPENSADA, ENFERMEDAD RENAL CRONICA, SINDROME CARDIORENAL, EPOC, HTA, DIABETES MELLITUS.
3. El accionante indica que, se trata de un paciente de avanzada edad, pertenece a la población del adulto mayor, de escasos recursos según reporte puntaje del Sisben DNP (13.85), por lo que requiere que se le asigne auxilio de transporte para asistir a las sesiones de hemodiálisis interdiaria (lunes, miércoles y viernes) en la IPS CENTRO MEDICO COMFAMILIAR NIT. 890480110-1, las cuales inició desde el pasado 10 de julio de 2020, fecha desde la cual se encuentra costeando los viáticos de transporte tanto del señor JUSTO CHICO RODRIGUEZ y de su acompañante, los cuales son muy altos toda vez que el carro particular le está cobrando ciento veinte mil pesos (\$120.000) M/Cte., desde el municipio de Clemencia hasta la ciudad de Cartagena y viceversa.

3. PRETENSIONES

Por todo lo anterior, solicita el Agente Oficioso, se sirva ordenar a la EPS COMFAMILIAR, que realice la asignación de transporte en dinero o especie tanto del señor JUSTO CHICO RODRIGUEZ y de su acompañante según lo estipulado en la resolución No.5857 de 2018 art. 121, para que asista de manera ininterrumpida a las sesiones de hemodiálisis los días (lunes, miércoles y viernes) en la IPS COMFAMILIAR de la ciudad de Cartagena, Bolívar.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

El libelo tutelar fue admitido con proveído calendado 3 de agosto de 2020; siendo enterados mediante oficio N° 0325 al ente accionado, oficio N° 0326 el accionante, todos de fecha 3 de agosto de la presente anualidad.

La entidad accionada, se pronunció mediante memorial recibido el 11 de agosto de la presente anualidad.

5. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Manifiesta la parte accionada que, en el caso concreto del accionante, el programa de EPS de la CCF Comfamiliar Cartagena y Bolívar, ha garantizado en todo momento el servicio de salud requerido por la parte actora, que ha expedido autorizaciones para servicios médicos y autorizaciones para realizar estudios médicos. No obstante, con respecto a la pretensión de gastos para transportes para cumplimiento de citas médicas, indica que dicha pretensión desborda del ámbito legal, debido a que el municipio de Clemencia no está cobijado por la UPC para gastos de transporte según Resolución 5857 de 2018, art. 121.

Lo anterior, conlleva a la accionada a considerar que, la presente acción de tutela no tiene procedencia. En ese orden de ideas, solicita al Despacho declarar improcedente la presente acción constitucional.

6. PRUEBAS

De la parte accionante:

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor JUSTO CHICO RODRIGUEZ.
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora SABINA CHICO MORALES.
- Copia de la epicrisis de fecha 2 de julio de 2020, del señor JUSTO CHICO RODRIGUEZ.
- Copia de historia clínica nefrología adulto de fecha 8 de julio de 2020.

De la parte accionada:

No presentó pruebas.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

El juzgado es competente para conocer y decidir en primera instancia la presente acción de tutela al tenor de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional, en armonía con el

artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º (numeral 1, inciso 3º) del Decreto 1382 de 2000 y 1983 de 2017; no se observan nulidades o irregularidades que puedan viciar lo actuado y tampoco se observa la necesidad de decretar pruebas de oficio.

7.2. Procedibilidad de la acción de tutela

7.2.1. Legitimación activa y legitimación pasiva.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con la norma superior, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991¹, 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”

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por el señor PERSONERO MUNICIPAL DE CLEMENCIA, actuando en representación del señor JUSTO CHICO RODRIGUEZ, en razón de la norma transcrita se encuentra legitimada en la causa por activa.

LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CARTAGENA Y BOLIVAR (COMFAMILIAR EPS) está legitimada en la causa como parte pasiva, en la medida en que se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda. Por tratarse de entidad de carácter privado encargadas de la prestación del servicio público de salud, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 y el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991², esta acción es procedente en su contra.

7.2.2. Inmediatez y subsidiariedad.

Se encuentra cumplido este requisito debido a que la acción de tutela resulta procedente cuando se mantiene vigente la lesión de los derechos fundamentales, presuntamente, afectados. Se observa que el demandante se encuentra en continuo tratamiento médico de hemodialisis para lo cual debe desplazarse desde su lugar de residencia hasta el municipio en que son prestados los servicios.

En razón de lo anterior, se evidencia que la presunta vulneración en la cual incurre las EPS accionada por negarse a cubrir los costos de transporte, es actual y, en esa medida, se encuentra cumplido el requisito de inmediatez.

Así mismo, en el caso concreto, el Despacho evidencia que se encuentra cumplido también el requisito de subsidiariedad. Si bien el accionante cuenta con el mecanismo de defensa judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud y esta herramienta cumple con el requisito de “*idoneidad*” para tramitar sus pretensiones (Ley 1122 de 2007, artículo 41, literal c y Ley 1438 de

2011, artículo 26, literal e); lo cierto es que esa herramienta no cumple con el requisito de “eficacia” debido a que no permite una respuesta oportuna para la protección de las garantías constitucionales presuntamente comprometidas.

En el caso bajo estudio se evidencia que, en efecto, (i) se encuentra en riesgo la salud de la demandante, ya que requiere de un procedimiento de hemodialisis interdiaria, (ii) se trata de un sujeto de especial protección constitucional, adulto mayor, con 73 años de edad, (iii) de escasos recursos económicos, pertenece al régimen subsidiado.

Adicionalmente, la H. Corte Constitucional ha determinado que mientras persistan las dificultades en la Superintendencia de Salud relacionados con el término para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del SGSSS¹. Razón adicional para declarar cumplido el requisito de subsidiariedad en el caso bajo análisis.

7.3. Problema jurídico.

El tema que será objeto de estudio por esta Judicatura, en la presente acción constitucional se concreta en el siguiente interrogante: *¿En la actualidad existe vulneración de los derechos a la vida digna y a la salud del señor JUSTO CHICO RODRIGUEZ, por parte de LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CARTAGENA Y BOLIVAR (COMFAMILIAR EPS), al negarse a cubrir los gastos de transporte del accionante y su acompañante, que requiere para desplazarse desde su lugar de residencia hasta Cartagena, donde debe recibir el tratamiento de hemodiálisis prescrito por su médico tratante?*

7.4. Tesis del Despacho.

El Despacho considera que si existe vulneración al derecho fundamental a la salud y vida digna del accionante.

7.5. SUSTENTO NORMATIVO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.

El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, el cual debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad, a todas las personas, siguiendo el principio de solidaridad, eficiencia y universalidad. Se encuentra regulado principalmente en los artículos 48 y 49 Superior, en la Ley Estatutaria Ley 1751 de 2015² y en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

Como tratados y convenios internacionales en los que se reconoció el derecho a la salud, se destaca el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC**, en el que se consagró como derecho el “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”³.

¹ Sentencia T-114 de 2019.

² “Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Diciembre 16 de 1966. Ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968: “Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” Este artículo fue desarrollado en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – CDESC.

Así mismo, la **Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, que le sirvió a la Corte Constitucional como fundamento para el reconocimiento del derecho a la salud como fundamental; habida consideración que, en esta observación se consagró a la salud como “un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”.⁴ En este sentido, señaló que debe existir un sistema de protección que tenga como objetivo garantizar a las personas iguales oportunidades para poder disfrutar del derecho a la salud; en sus palabras, es “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.⁵

7.6. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL (SENTENCIA T-259 de 2019)

“4. El cubrimiento de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante. Reiteración jurisprudencial”

4.1. Transporte. Según la Ley 1751 de 2015, artículo 6º, literal c, “(l)os 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” (Resaltado propio). En concordancia, el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, si bien no constituyen servicios médicos⁶, lo cierto es que sí constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.

Resulta importante diferenciar entre el transporte intermunicipal (traslado entre municipios) e interurbano (dentro del mismo municipio)⁷. En relación con lo primero, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 5857 de 2018-“Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, el cual busca que “las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el **acceso** a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución” (Resalta la Sala).

Bajo ese entendido, dicha Resolución consagró el Título V sobre “transporte o traslado de pacientes”, que en el artículo 120 y 121 establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes por estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), con cargo a la UPC. En términos generales “el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente **se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS**”⁸ (Resaltado propio).

Siguiendo lo anterior, en principio el paciente únicamente está llamado a costear el servicio de transporte cuando no se encuentre en los eventos señalados en la Resolución 5857 de 2018⁹. Sin embargo, **la jurisprudencia constitucional ha precisado que cuando el servicio de transporte se requiera con necesidad y no se cumplan dichas hipótesis, los costos de desplazamiento no se**

⁴ Naciones Unidas, Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Observación General No. 14, “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículos 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*”, Noviembre de 2002. párrafo 1.

⁵ Ibídem, párr. 9.

⁶ Sentencia T-074 de 2017 y T-405 de 2017.

⁷ Sentencia T-491 de 2018.

⁸ Sentencia T-491 de 2018.

⁹ Sentencia T-491 de 2018.

pueden erigir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante. Por consiguiente, “es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS” (Negrita y subrayado fuera de texto original).

En consideración a lo anterior se han establecido las siguientes **SUBREGLAS** que implican la obligación de acceder a las solicitudes de transporte intermunicipal, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018:

“i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente¹⁰.

ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.

iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

En relación con el transporte intramunicipal, esta Corporación ha evidenciado que “no se encuentran incluidos expresamente en el PBS con cargo a la UPC”, por consiguiente, cuando el profesional de la salud advierta su necesidad y verifique el cumplimiento de los requisitos señalados en los anteriores párrafos, deberá tramitarlo a través del procedimiento de recobro correspondiente¹¹.

(...)

4.3. Transporte, alimentación y alojamiento para un acompañante. En algunas ocasiones el paciente necesita un acompañante para recibir el tratamiento médico. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando (i) se constate que el usuario es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”; (ii) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado¹².

4.5. Financiación. Según la Resolución 5857 de 2018, artículo 121 “(e)l servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención descrita en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica”. Por consiguiente, el traslado de pacientes ambulatorios desde su lugar de residencia hasta el lugar de atención está incluido en el PBS, “con cargo a la prima adicional por dispersión establecida sobre la unidad de pago por capitación para algunas zonas geográficas”¹³.

Bajo ese entendido, esta Corporación ha establecido **DOS SUBREGLAS**: (i) “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”¹⁴; (ii) “en los lugares en los que no se reconozca este concepto

¹⁰ Sentencia T-769 de 2012.

¹¹ Sentencia T-491 de 2018.

¹² Sentencias T-154 de 2014; T-674 de 2016; T-062 de 2017; T-032, T-163, T-196 de 2018 y T-446 de 2018, entre otras.

¹³ Sentencia T-405 de 2017.

¹⁴ Sentencia T-405 de 2017.

se pagarán por la unidad de pago por capitación básica”¹⁵. Estas mismas subreglas se aplican a los viáticos, teniendo en consideración que son necesarios por iguales razones del traslado¹⁶. Puntualmente, se ha precisado que “tanto el transporte como los viáticos serán cubiertos por la prima adicional en áreas donde se reconozca este concepto; sin embargo, en los lugares en los que no se destine dicho rubro se pagarán con la UPC básica”¹⁷.

7.7. CASO CONCRETO

La Personera Municipal interpuso acción de tutela para que se protegieran los derechos fundamentales a la salud y la vida digna del señor JUSTO CHICO RODRIGUEZ, los cuales estimó que habían sido vulnerados porque la entidad accionada no ha otorgado auxilio de transporte al accionante para poder acudir a recibir tratamiento de hemodiálisis interdiaria.

De las pruebas allegadas al proceso de la referencia, el Despacho evidencia que están probadas las **subreglas** establecidas por nuestro Tribunal Constitucional para acceder obligatoriamente al auxilio de transporte intermunicipal, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018, veamos:

- a) El servicio que requiere el accionante, *hemodiálisis interdiaria*, fue autorizado directamente por la EPS, a través de Historia Clínica Nefrología Adulto de fecha 8 de julio de 2020 IPS CENTRO MÉDICO COMFAMILIAR Pie de la Popa, en la ciudad de Cartagena (Bolívar).
- b) Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del transporte, lo cual se presume, toda vez que se encuentra el señor JUSTO CHICO, afiliado al régimen subsidiado, “teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”¹⁸.
- c) Es necesaria la atención continua del paciente para recibir el tratamiento referenciado, ya que se trata de un paciente con deficiencia renal, de no hacerlo se pondría en riesgo la vida, integridad física y el estado de salud del usuario.

Igualmente, se cumple las subreglas establecidas por la jurisprudencia constitucional, para que la EPS deba costear los **gastos de traslado del acompañante**, así: a) se constata que el usuario es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”, se observa que se trata de un adulto mayor de 73 años de edad, sujeto de especial protección constitucional; b) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física, al requerir hemodiálisis tres (3) veces por semana y, c) como ya quedó señalado, se presume que ni él ni su núcleo familiar tienen capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado desde el Municipio de Clemencia hasta Cartagena y viceversa, ya que se trata de un afiliado al régimen subsidiado en salud.

Es evidente, que la respuesta dada por la accionada COMFAMILIAR EPS, se encuentra en contraposición a lo señalado por la jurisprudencia constitucional, razón por la cual, se concluye que, ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y vida digna del señor JUSTO CHICO RODRÍGUEZ al negarse a otorgarle auxilio de transporte a él y su acompañante, cuando se cumplen las subreglas jurisprudenciales para ello, las que se le recuerda, son de obligatorio

¹⁵ Sentencia T-405 de 2017.

¹⁶ Sentencias T-405 de 2017 y T-309 de 2018.

¹⁷ Sentencia T-309 de 2018.

¹⁸ Sentencia T-487 de 2014 reiterada las Sentencias T-022 de 2011 y T-405 de 2017.

cumplimiento para todas las autoridades, en especial las que prestan servicios de salud, al ser vinculante el precedente constitucional fijado por la Corte Constitucional como máximo Tribunal constitucional.

Corolario de todo lo expuesto, se procederá a tutelar los derechos fundamentales a la salud y vida digna del accionante y se otorgará un término perentorio a la accionada para que otorgue el auxilio de transporte requerido por él y su acompañante.

En razón de lo anteriormente expuesto el **JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE CLEMENCIA (BOLÍVAR)**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROCEDENTE la presente acción constitucional, en consecuencia, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud y vida digna del señor JUSTO CHICO RODRIGUEZ, por la razones de orden legal y constitucionales antes enunciadas.

SEGUNDO: ORDENAR a COMFAMILIAR E.P.S. CARTAGENA Y BOLIVAR, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a proporcionarle al señor JUSTO CHICO RODRIGUEZ y a su acompañante, auxilio de transporte, en dinero o en especie, ida y vuelta, desde el municipio de Clemencia hasta la ciudad que deba trasladarse dentro del país, para poder acceder al tratamiento de hemodialisis interdiaria o cualquier otro, prescrito por su médico tratante.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes de conformidad con el artículo 30 del D. 2591/91.

CUARTO: De no ser impugnado este fallo, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LINA MARCELA PINEDA OLIVEROS
JUEZA

LPO