



Cartagena de Indias, D. T. y C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

### I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

|                    |                                |
|--------------------|--------------------------------|
| Medio de control   | ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN) |
| Radicado           | 13-001-33-33-001-2019-00065-01 |
| Accionante         | HOLLY ROMERO CALLE             |
| Accionado          | NUEVA EPS                      |
| Magistrado Ponente | LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ |
| Tema               | Derecho a la salud.            |

### II. – PRONUNCIAMIENTO

Procede la sala a resolver la impugnación presentada por la NUEVA EPS, contra la sentencia de fecha cinco (5) de abril de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se amparó el derecho a la salud del señor ERICH KIPKE LUENGAS.

### III.- ANTECEDENTES

#### 3.1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante.

En la solicitud, la accionante narró los siguientes hechos:

**PRIMERO:** “Mi esposo se encuentra afiliado al régimen contributivo en salud a la NUEVA EPS, diagnosticado con *COMPENSIONES DE LAS RAICES Y PLEXOS NERVIOSOS EN ENFERMEDADES NEOPLASICAS* y requiere de *RADIOTERAPIAS* a fin de poder contrarrestar la patología que padece.

**SEGUNDO:** “La NUEVA EPS se ha negado a colaborar para *TRANSPORTARLO EN AMBULANCIA* para la atención y realización de las *RADIOTERAPIAS* descritas en el numeral anterior, desconociendo que mi esposo (sic) que por la patología que padece es una paciente (sic) que se encuentra en condición de discapacidad.

**TERCERO:** Es preciso señalar que no nos encontramos en condición para sufragar los gastos que ocasiona el transporte interno en ambulancia y no contamos con el apoyo económico de otros familiares; es preciso señalar señor juez que los únicos ingresos percibidos en nuestro hogar



son destinados para todo el sustento de nuestro hogar y la manutención del mismo, razón por la cual se nos imposibilita sufragar los mencionados gastos, es preciso señalar que de la constancia y persistencia en la realización de las RADIOTERAPIAS depende el éxito del tratamiento.

**CUARTO:** En diferentes oportunidades me he acerado (sic) hasta las instalaciones de la NUEVA EPS, a fin de que me autoricen lo correspondiente a los gastos de transporte interno en ambulancia para mi esposo y un acompañante y lo que siempre obtengo por parte de ellos es una negativa, que me manifiestan (sic) es que esto debe ser asumido por mi persona y como comprenderá nuestro estado actual nos impide sufragar los gastos, teniendo en cuenta que los pocos ingresos que percibimos son utilizados en la manutención de nuestro hogar y la subsistencia del mismo"

### 3.2. Pretensiones

Se señalan como pretensiones las siguientes:

"- Ordenar al DIRECTOR DE LA NUEVA EPS y/o quien corresponda que en el término de 24 horas autorice los (sic) el transporte interno en Ambulancia de mi enfermo esposo y (1) acompañante desde nuestro lugar de residencia ubicada en Portales de Alicante. Conjunto Residencial 6 Bloque 4 Apartamento 120 de esta ciudad hasta la Carrera 71 No. 31-395 piso 2 Tel: 6612200. EL BIFI- CLINICA MADRE BERNARDA en las instalaciones de la SOCIEDAD DE CANCEROLOGIA DE LA COSTA en la ciudad de Cartagena (y viceversa) de lunes a viernes de 8:00 a 9:00 a.m. mientras tenga que desplazarse de nuestro lugar de residencia hasta el lugar donde le realizan las Radioterapias, a fin de poder contrarrestar la patología que padece la cual se encuentra claramente descrita en la historia clínica que se anexa a la presente; ya que no podemos sufragar dichos gastos por nuestra cuenta por que no contamos con los recursos económicos.

- Prevenir al DIRECTOR de la NUEVA EPS de que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones que dieron merito a iniciar esta tutela y que si lo hacen serán sancionadas conforme lo dispone el art. 52 del Dcto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales).

- Ordenar al ADRES reembolsar a la NUEVA EOPS. Los gastos que realice en el cumplimiento de esta tutela conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia 480/97. "



### **3.3. Admisión y notificación.**

La acción de tutela de la referencia, se presentó el día 01 de marzo de 2019, correspondiéndole su reparto al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena y mediante providencia de fecha 22 de marzo de 2019, se procedió admitir la solicitud de amparo y a decretar la medida cautelar solicitada (Fl.21-24). Así mismo se ordenó notificar a la entidad accionada NUEVA EPS. Mediante providencia de fecha 5 de abril de 2019 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió amparar los derechos constitucionales a la salud al señor ERICH KIPKE LUENGAS (fls.68-77).

### **3.4. De la contestación de la tutela.**

La accionada, **NUEVA EPS**, en su informe (fls. 27-32) manifestó que el señor KIPKE LUENGAS se encuentra afiliado a la NUEVA EPS en el régimen contributivo en estado ACTIVO.

Se adujo que el paciente no cuenta con orden médica para autorizar el servicio de ambulancia, debido a que el soporte aportado con la acción de tutela es el egreso de una hospitalización, mas no aporta autorización de traslado en ambulancia para asistir a cita especializada y que en caso de que el paciente contara con tal orden médica, el médico tratante debe radicar a través del MIPRES la solicitud del servicio por tratarse de un servicio NO PBS.

Se aduce que no es procedente que el juez de tutela emita órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o vulnerados, o que no tengan un soporte fáctico en una conducta de la entidad accionada, pues nos e puede presumir que el momento en el que se requieran los servicios estos le serán negados.

También se adujo que en lo relativo al cumplimiento de la medida provisional concedida por el Despacho, se encontraban adelantando las gestiones por parte del área de salud para satisfacer dicha orden.

Con fundamento en los anteriores argumentos, solicito que se negara por improcedente la presente acción y subsidiariamente, solicito que en caso de ser condenada se ordene al ADRES a reembolsar el costo de los servicios de salud que se encuentran excluidos del PBS y le sean suministrados.

### **3.5. Sentencia impugnada**



A través de sentencia de fecha cinco (5) de abril de 2019, el A quo decidió **amparar** el derecho constitucional a la salud del señor ERICH KIPKE LUENGAS.

Considera el a-quo analizado el material probatorio y los hechos que se encuentran probados a que se hizo alusión en acápite anterior, encuentra el Despacho que el señor KIPKE LUENGAS tiene autorizado por parte de su médico tratante el servicio de transporte en ambulancia desde su residencia hasta el sitio de internación/valoración y viceversa solamente para la cita de valoración por radioterapia, programada para el 3 de abril de 2019; así mismo, que en dicha valoración se definiría el tratamiento médico a seguir.

Conforme a lo anterior, señala que, que hasta la fecha el señor KIPKE LUENGAS no tiene ordenada ni autorizada la práctica de radioterapias, pues ello debía definirse en la cita que se había programado para el 3 de abril de 2019, la cual fue cancelada.

En ese orden, advierte que no sería procedente acceder a las pretensiones de la acción de tutela en los términos en que fue solicitada.

No obstante, encontrándose justificado y debidamente ordenada por el médico tratante el traslado en ambulancia para la cita de valoración, a fin de salvaguardar el derecho a la salud del accionante, el A-quo considera necesario adoptar medidas para garantizar que en la fecha en que se le re programe la cita de valoración, cuente con el servicio de transporte en ambulancia en los términos en que lo ordenó el médico tratante.

Finalmente, el A- quo concedió el amparo del derecho fundamental del señor ERICH KIPKE LUENGAS y ordenó a la NUEVA EPS que una vez se re programe la cita de valoración por radioterapia se garantice la prestación del servicio de transporte en ambulancia en los términos ordenados.

### 3.6. IMPUGNACIÓN

La accionada impugnó la sentencia de tutela de fecha primero (01) de abril de 2019 mediante escrito visible a folios 117-120, en el que se ratifica en lo expuesto en la contestación de la presente acción constitucional.

## IV.- CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

Con fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 es competente este Tribunal para conocer de la presente acción.

### 2. Problema Jurídico



La Corporación debe resolver el siguiente problema jurídico:

*-¿Vulnera La NUEVA EPS el derecho fundamental a la salud del señor ERICH KIPKE LUENGAS, al negar el transporte de ambulancia para asistir a la cita médica de valoración por radioterapia ordenada por el médico tratante?*

Si la respuesta al anterior problema es positiva, se confirmará el fallo impugnado; en caso contrario se revocará.

### **3. Tesis**

La Sala Magistrat confirmará el fallo impugnado, debido a que, al negar la accionada, el transporte de ambulancia para asistir a la cita médica de valoración por radioterapia ordenada por el médico tratante al señor ERICH KIPKE LUENGAS, se le vulnera el derecho fundamental a la salud, al constatar en el expediente, que efectivamente el actor se encuentra en delicado estado de salud, igualmente, que ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado, toda vez que la accionante lo manifiesta en el escrito de tutela y no obra en el expediente prueba de lo contrario; precisa la Sala, que dicha manifestación se constituye una negación indefinida, por lo que se traslada la carga de la prueba a la accionada, a quien por tanto le corresponde demostrar lo contrario, lo cual no ocurrió; y finalmente, se encuentra acreditado en el expediente que dicha orden fue prescrita por el médico tratante de la EPS.

### **La Acción de Tutela. Su Naturaleza Jurídica**

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela, como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

#### **4.1. Requisitos de procedencia**

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, ésta requiere para su procedencia el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

##### La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados



debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

*"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"*<sup>1</sup>.

Al respecto el inciso 3° del artículo 86 superior dice:

*"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.**"* (Negritas fuera de texto).

#### La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

#### La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



Únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, de ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

### **La legitimación para interponer la Acción de Tutela.**

El sujeto legitimado en la causa para proponer la Acción de Tutela es el titular del Derecho vulnerado o amenazado, tal como lo dispone el inciso 1° del artículo 86 cuando ordena que *toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...).*

La interposición de la Acción de Tutela no requiere de la intervención de Abogado, sin embargo cuando el Actor a bien lo tenga podrá hacer uso de los profesionales del derecho. Aquellas personas que no puedan comparecer por sí mismas, por discapacidad o por falta de capacidad procesal, podrán hacerlo por conducto de representante.

### **ACTIVA**

La legitimación en la causa por activa es aquel nexo sustancial que debe coexistir entre las partes de un proceso y el interés sustancial del litigio, es decir es la persona habilitada por la ley para actuar procesalmente.

En materia de acción de tutela, sobre la legitimación en la causa por activa el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10 establece:

*"Legitimidad e interés. 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."*

Sobre este tema la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional<sup>2</sup> ha manifestado:

<sup>2</sup> Sentencia t- 406 de 2017 MP: Iván Humberto Escruce Mayolo



"El legislador de 1991 instituyó en el artículo 86 la acción de tutela como un mecanismo especial para que todos los ciudadanos pudieran reclamar ante los jueces, por sí mismos o por quien actué a su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o particulares encargados de la prestación de un servicio público.

En ese mismo sentido, el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, el cual reglamentó la acción de tutela, establece que ésta puede ser ejercida por "cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales". Así entonces, el amparo debe demandarse por el titular de los derechos presuntamente vulnerados, quien puede hacerlo por sí mismo o a través de representante. Igualmente, se permite la agencia de derechos ajenos, cuando el facultado legalmente para hacerlo "no esté en condiciones de promover su propia defensa"; por intermedio de la Defensoría del Pueblo o los personeros municipales.

De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

(i) Por sí misma. En este caso no se precisa de profesional del derecho.

**(ii) Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.**

(iii) A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.

**(iv) Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho "no esté en condiciones" de promoverla directamente.** (Negritas fuera del texto)

Respecto de la agencia oficiosa la Corte Constitucional<sup>3</sup> ha señalado:

"Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: (i) el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancias físicas o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso."

PASIVA.

<sup>3</sup> Sentencia T-004/13 MP: Mauricio González Cuervo



En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

*"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negritas fuera de texto)*

La entidad accionada, COLPENSIONES, en principio tiene competencia para garantizar el derecho fundamental de petición. Por lo tanto, está legitimada en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que el actor narra en su escrito de tutela.

#### 4. Marco Normativo y Jurisprudencial

##### 4.1 INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD.

El artículo 49 de la Constitución Política, le otorga a la prestación del servicio de salud la categoría de servicio público, el cual debe estar orientado por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, a los cuales la Ley 100 de 1993 agregó los de integralidad, unidad y participación, estando en cabeza del Estado la garantía de dichos principios, así como la organización, dirección y reglamentación del servicio público de salud.

Sobre el principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional en sentencia T-576 de 2008 enfatizó que *"la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del de la paciente."*

En esa misma sentencia la Corte Constitucional, precisa las facetas del principio de atención integral en materia de salud:

*"A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las*



*necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos. La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente."*

De lo anterior, puede establecerse que el servicio de salud comporta no sólo el deber de la atención necesaria y puntual, sino también, la obligación de suministrar oportunamente los medios indispensables para recuperar y conservar el estado de salud.

En sentencia T-970 de 2008, la H. Corte Constitucional determinó que el juez de tutela, en virtud del principio de integralidad, deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología.

#### **4.2 DE LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO**

La Constitución Política en su artículo 49 preceptúa que, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y, que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Respecto del derecho a la salud, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

*"(...) el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera, ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda, ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando, en general, la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el*



*bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna"*<sup>4</sup>

Por otra parte en sentencia T- 058 de 2011 señaló:

"(...)

3.2. No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, al menos por ahora, no es posible que todos los aspectos del derecho a la salud sean susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que "los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho.

En este orden de ideas, esta Corte ha sostenido que la acción de tutela procede para amparar el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se "requieren con necesidad", es decir, la protección de la garantía básica con la que cuentan todas las personas de tener acceso efectivo a los "servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad".

De lo anterior se puede concluir que si bien la salud es un derecho fundamental, sólo se podrá acudir a su protección por vía de tutela, cuando se logre demostrar que la falta de reconocimiento de éste signifique a un mismo tiempo: a) lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; b) afectar a un sujeto de especial protección constitucional; c) poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Ahora bien, en desarrollo de dicha norma superior -49, la Ley 1751 de 2015 en su artículo 20, al regular la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud, señala que i) el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, ii) comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, iii) el Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento,

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa



rehabilitación y paliación para todas las personas y iv) de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado<sup>5</sup>.

La **Resolución 006408 del 26 de diciembre de 2016, por medio de la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC** establece la obligación de que las EPS presten el servicio de salud respetando los principios de integralidad, complementariedad, transparencia, corresponsabilidad, calidad, universalidad, entre otros. Respecto del suministro de medicamentos, en su artículo 39, señala que al paciente se le debe suministrar cualquiera de los medicamentos de marca o genéricos autorizados por el INVIMA que cumplan las condiciones descritas en ese acto administrativo y siempre que hayan sido ordenados por el médico tratante. En caso de medicamentos, anticonvulsivantes, anticoagulantes y otros de estrecho margen terapéutico definidos de forma periódica por el INVIMA, no deberá cambiarse el producto ni el fabricante una vez iniciado el tratamiento. La norma establece que sólo se permitirá lo anterior, previo monitoreo clínico y paraclínico necesarios.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para proteger el mencionado derecho, señaló la Corte que procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.

Igualmente, consideró que, la tutela es procedente en los casos en que "(a) se niegue, sin justificación médico — científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios".

#### **4.3 LOS SERVICIOS DE SALUD DEBEN PRESTARSE CON CALIDAD, EFICACIA Y OPORTUNIDAD.**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado también que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, con calidad, eficacia y oportunidad, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 del 18 de enero de 2016, MP. Gabriel Mendoza Martelo.



La obligación de garantizar este derecho fue radicada por el legislador nacional en cabeza de las EPS tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, pues dichas entidades son las que asumen las funciones indelegables del aseguramiento en salud (Ley 1122 de 2007, artículo 14), entre las cuales se incluyen, (i) la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, (ii) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (iii) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

Específicamente sobre el derecho a acceder a los servicios de salud en forma oportuna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante. Esta regla ha sido consignada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-881 de 2003, en la cual se indicó:

*"Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes. Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico como en este caso."*

#### **4.4. LA ACCIÓN DE TUTELA Y EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS E INSUMOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS (ANTERIOR POS).**

Mediante Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional, señaló las reglas específicas que deben verificarse a efectos de facilitar la labor del Juez Constitucional, y asegurar la sostenibilidad fiscal del sistema de salud en armonía con las obligaciones que están en cabeza del Estado, en su condición de garante del goce efectivo de la salud. Dicha sentencia concluyó, que deben cumplirse las siguientes condiciones de manera concurrente:

*"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad;*

*(ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad;*



(iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente;

y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".

#### **4.5. EL SERVICIO DE TRANSPORTE COMO UN MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD.**

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para la ocurrencia de los hechos y presentación de la acción de la tutela, el artículo 126 de la Resolución 6408 de 2016, dispone 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".<sup>6</sup>

Igualmente, el artículo 127 de la citada Resolución establece: (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 10 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

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-032/18 Magistrado Ponente: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.



servicios". Derroteros que fueron reproducidos en los artículos 120 y 121 de la Resolución n. °5269 de 2017, normativa vigente en la actualidad.<sup>7</sup>

Finalmente, en reciente jurisprudencia, la H. Corte Constitucional, ha reiterado que:

"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 familia.

En principio, el transporte, fuera de los eventos anteriormente señalados, correspondería a un servicio que debe ser costeadado 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 fundamental.

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.**

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.<sup>8</sup>

## CASO CONCRETO

### 5.1 Hechos probados.

- El señor ERICH KIPKE LUENGAS, padece "CA DE NASOFARINGE ESCAMOCELULAR MAL DIFERENCIADO EN PROGRESIÓN CON METASTASIS OSEAS Y HEPÁTICAS DOLOR CRÓNICO ONCOLÓGICO" y como parte del plan de manejo de dicha patología su médico tratante ordenó una cita para

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-032/18 Magistrado Ponente: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-032/18 Magistrado Ponente: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.



valoración por radioterapia con traslado por ambulancia básica redondo desde su domicilio y el lugar de evaluación por radioterapia (fls. 12-14)

- Obra en el expediente documento visible a folio 19, en el que se evidencia que el accionante, tenía programada una cita médica en el Centro Neuroradioncológico de Cartagena SAS, para el día 3 de abril de 2019 a las 8:00 a.m.

- A partir de la conversación sostenida por la accionante con el oficial mayor del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, se tiene acreditado que desde el día sábado 30 de marzo de la presente anualidad, el señor KIPKE LUENGAS, se encuentra hospitalizado en la Clínica del Bosque, que la mencionada cita correspondía a la primera que se realizaría para efecto de la valoración del paciente y definirá el tratamiento a seguir; y que la actora canceló la referida cita médica que tenía programada para el día 3 de abril de 20189, en el Centro Neuroradioncológico de Cartagena SAS. (fl. 66)

- Finalmente mediante auto del 22 de marzo de 2019 (fls. 21-24) el Despacho ordenó a la NUEVA EPS que se autorizara y garantizara el servicio de transporte en ambulancia del señor KIPKE y su acompañante.

## **6.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

Procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

Dentro de la acción de la referencia, se pretende la protección del derecho fundamental a la salud, debido a que el señor ERICH KIPKE LUENGAS, afiliado a la NUEVA EPS, se le diagnosticó: "CA DE NASOFARINGE ESCAMOCELULAR MAL DIFERENCIADO EN PROGRESIÓN CON METASTASIS OSEAS Y HEPÁTICAS DOLOR CRÓNICO ONCOLÓGICO"; razón por la cual tenía programada una cita médica en el Centro Neuroradioncológico de Cartagena SAS, para el día 3 de abril de 2019 a las 8:00 a.m. (fl.19), en el cual se realizaría una valoración para definir el tratamiento a seguir.

El A quo, en el fallo objeto de impugnación, tuteló el derecho fundamental de la accionante y ordenó a la Nueva EPS, que una vez se re programe la cita de valoración por radioterapia se garantice la prestación del servicio de transporte en ambulancia en los términos ordenados.

Advierte la Sala, que una vez valoradas las pruebas allegadas al expediente, de cara al marco jurídico que fue expuesto, se pudo constatar que se cumplen los requisitos que ha establecido la Corte Constitucional, para que se ordene por vía de tutela el transporte en ambulancia del actor, toda vez que, (i) ni el



paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado, toda vez que la accionante lo manifiesta en el escrito de tutela y no obra en el expediente prueba de lo contrario; precisa la Sala, que dicha manifestación se constituye una negación indefinida, por lo que se traslada la carga de la prueba a la accionada, a quien por tanto le corresponde demostrar lo contrario, lo cual no ocurrió; (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario, debido a que se encuentra acreditado en el expediente (fls. 13-14) el delicado estado de salud en el que se encuentra actualmente el señor ERICH KIPKE LUENGA; así mismo, advierte la Sala, que está evidenciado en el expediente, que el médico tratante dispuso la prestación de dicho transporte (fl. 12).

En esa medida, como fue señalado en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, sí le es dable al Juez Constitucional de tutela librar órdenes tendientes a garantizar dentro del marco del principio de integralidad, la protección del derecho a la salud de las personas, en los eventos como el presente en los que al paciente se le ha dictaminado una patología determinada.

Se recuerda que, la Corte Constitucional<sup>9</sup> ha dispuesto que ***"la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente."***

En el fallo objeto de estudio, el A quo es claro en ORDENAR a la Nueva EPS, que una vez se re programe la cita médica de valoración por radioterapia al señor ERICH KIPKE LUENGAS, proceda en un término máximo de 24 horas contados a partir de tal reprogramación a autorizar el servicio de transporte por ambulancia para su desplazamiento con un acompañante desde su residencia hasta el lugar de la cita y su retorno a su residencia; así mismo que la accionada, deberá adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la efectiva prestación de este servicio en la fecha en que se programe la consulta; no asistiéndole por tanto razón a la accionada en los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, pues la decisión adoptada en primera

<sup>9</sup> Corte Constitucional en sentencia T- 576 de 2008





instancia, se adecua a los parámetros dispuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por lo anterior, se CONFIRMARÁ, el fallo impugnado.

Por todo lo anterior se resuelve,

**VI.- FALLA**

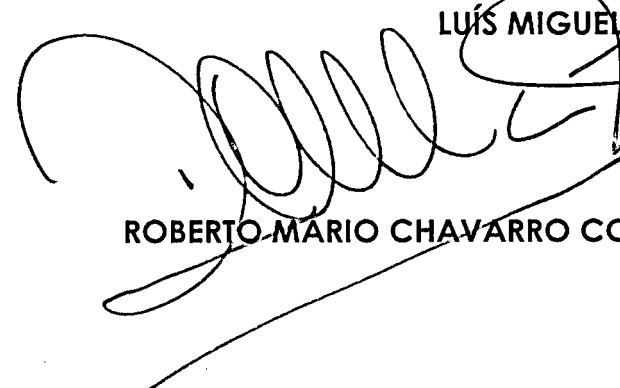
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha cinco (5) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

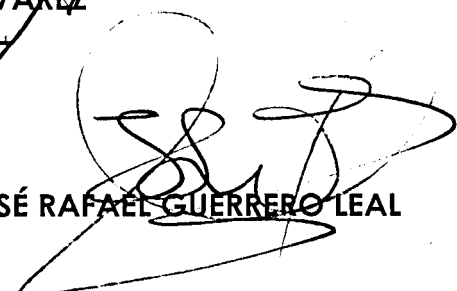
**SEGUNDO: REMITIR** por Secretaría el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**

  
**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

  
**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**