



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022)

Sentencia No. 0081

Medio de Control	Acción de tutela-Impugnación
Radicado	88-001-3333-001-2022-00036-01
Demandante	Iris Lucía Gómez Gómez
Demandado	Nueva EPS
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera
Tema	Derecho fundamental a la Salud

I.-OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la IMPUGNACIÓN, interpuesta por la parte actora, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial, dentro de la acción de tutela de la referencia.

II.- ANTECEDENTES

La ciudadana **Iris Lucia Gómez Gómez** actuando por intermedio de la Defensoría del Pueblo Regional del Departamento San Andrés, Providencia y Santa Catalina presentó acción de tutela ante el Juzgado Único Administrativo de este Distrito Judicial y en contra de la **Nueva E.P.S.** por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud en conexidad con el derecho a la vida.por parte de la Nueva EPS, con base en los siguientes:

Hechos:

La accionante fundamenta la presente acción constitucional en los hechos que a continuación se resumen:

Se indica en el escrito de tutela que la señora Iris **Lucía Gómez Gómez** se encuentra afiliada en calidad de cotizante, a la Nueva EPS.

Que fue diagnosticada de cáncer de mama desde el año 2011 y se encuentra en la lucha contra esta enfermedad desde entonces, bajo control cada seis meses.

Asegura que el tratamiento de la señora **Iris Lucía Gómez Gómez**, es por la especialidad de oncología y cirugía plástica, estética y reconstructiva. Manifiesta que no ha recibido atención integral y que la Nueva E.P.S. le informa que no responderán por la estadía, alimentación, transporte terrestre de ella y su acompañante.

Señala que, tal como se lee en la epicrisis, su médico tratante anota que necesita de un acompañante por ser paciente oncológico para asistir a controles médicos, exámenes tratamientos de radioterapia, quimioterapia y demás.

Informa que la accionante instauró una tutela anteriormente por hechos distintos.

Que la paciente no cuenta con recursos para sufragar los gastos de alojamiento, alimentación, transporte aéreo terrestre interno de ella y su acompañante y hasta la fecha, la Nueva EPS no ha autorizado lo pertinente, por esta razón decidió instaurar la presente acción constitucional.

Pretensiones de la Accionante

Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, la actora solicita TUTELAR, los derechos constitucionales fundamentales invocados y que se ordene a la NUEVA EPS:

Expediente: 88-001-3333-001-2022-00036-00
Demandante: Iris Lucía Gómez Gómez
Demandado: Nueva EPS
Acción: Tutela 2da Instancia

SIGCMA

“De acuerdo con los planteamientos expuestos, respetuosamente solicito al Sr. Juez, conceder el amparo constitucional deprecado TUTELANDO el derecho a la salud La señora Iris Lucía Gómez Gómez, como persona vulnerable en circunstancia de debilidad manifiesta, por parte de la Nueva EPS, para suministrar lo referente a estadía, alimentación, transporte terrestre para su acompañante, en consecuencia, respetuosamente se le solicita al Sr. Juez emitir las siguientes órdenes:

PRIMERO: *Ordenar a la Nueva EPS se le reconozca la estadía, alimentación, transporte aéreo y terrestre interno a favor de su acompañante, para especialidad oncología, cirugía plástica, estética y reconstructiva medicina interna y demás que determine el galeno.*

SEGUNDO: *Ordenar a Nueva EPS que se autorice el tratamiento integral de todos los servicios incluidos o no en el plan de beneficios y que se necesiten debido al diagnóstico indistintamente de si estos se prestan o no en la isla de San Andrés.*

TERCERO: *Ordenar a la Nueva EPS que a futuro se ABSTENGA de interrumpir el tratamiento que se requiera para la promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad que padezca y en general se ABSTENGA de incurrir en actos omisivos que violen o amenacen el derecho fundamental a la salud, conforme a los hechos que fueron relatados, y en cumplimiento del literal a) del Artículo 10 de la ley 1751 de 2015, derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud.” (cursivas fuera del texto)*

Trámite de Instancia

La acción de tutela fue presentada el día 02 de marzo de 2022 y fue admitida por auto No. 0165- 22 de fecha 02 de marzo de 2022, notificada por correo electrónico

a la Nueva EPS el 3 de marzo de 2022 a la entidad accionada, quien contestó de manera oportuna el día 07 de marzo de 2022.

Informe de la Nueva EPS

La apoderada judicial de la entidad accionada manifiesta que, la accionante está en estado activa para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el sistema general de seguridad social en salud en el régimen contributivo en calidad de cotizante, categoría A.

Asegura que, que la Nueva EPS S.A., asume todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido la usuaria desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios que ha requerido, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que, para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad social en Salud, ha impartido el Estado colombiano.

Indica que, la Nueva EPS presta los servicios de salud dentro de su red de prestadores y de acuerdo con lo ordenado en la resolución 2292 de 2021 y demás normas concordantes, por tal motivo la autorización de medicamentos y/o tecnologías de la salud no contemplados en el plan de beneficios de salud, las citas médicas y demás servicios se autorizan siempre y cuando sean ordenadas por médicos pertenecientes a la red de Nueva EPS.

Expresa que, nuestra entidad le garantiza este servicio tan solo al paciente, toda vez que el municipio de San Andrés donde se encuentra zonificado el usuario cuenta con UPC adicional por dispersión geográfica (Resolución 2381 de 2021), ante lo cual el usuario debe acercarse a la oficina de la EPS-S a solicitar el transporte con los documentos que certifiquen su traslado.

Refiere que, de conformidad con lo establecido en el artículo 107 de la Resolución 2292 de 2021, el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica y medicalizada) en los siguientes casos: *1. 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 ambulancia. 2. 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 financiado con recursos de la UPC el traslado en ambulancia en caso de contra referencia.*

Resalta que, la accionante no acredita haber solicitado el servicio transporte intermunicipal a Nueva EPS S.A y, por consiguiente, tampoco acredita que esta entidad se lo haya negado. Por estos motivos, no es procedente otorgar por vía constitucional una prestación de salud que no ha sido solicitada – y por consiguiente negada- por la entidad promotora de salud.

Explica que, en cuanto al transporte para el acompañante la Nueva EPS, no puede acceder a que se autorice el transporte para un acompañante cuando no acredita los presupuestos que la Corte Constitucional estableció para su reconocimiento y los ha reiterado en su jurisprudencia, como son: *“(i) 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”.*

Afirma que, dentro del escrito y anexos de tutela no se encuentra acreditado o demostrado siquiera sumariamente que la accionante deba asistir a las citas programadas en compañía de otra persona, así como tampoco que su núcleo

familiar no se encuentre en condiciones para sufragar los gastos que están siendo solicitados. Y es que el simple hecho de informar que el usuario tiene gastos no significa que se encuentre en situación de indefensión o que no pueda sufragar el costo de los transportes y viáticos que son solicitados, y los cuales se insiste no son servicios o tecnologías de salud.

Indica que, en cuanto al servicio de alojamiento y alimentación no se evidencia solicitud médica (*lex artis*) que ordene dicho servicio, así como tampoco el médico tratante ordena que la accionante deba asistir con acompañante a los procedimientos requerido en la presente acción de tutela.

Alega que, no se podrá tomar una decisión que sea violatoria al debido proceso por cuanto se estaría decidiendo con hechos no ciertos y sobre los cuales su realización es incierta. Así las cosas, Nueva EPS S.A tiene toda la disposición de cumplir con las obligaciones propias que le corresponden en concordancia con los objetivos propios de la entidad.

Aclara que, desde esta perspectiva nueva sujeta a la normatividad vigente brinda integralidad a sus afiliados. En este caso en particular, la integralidad en el tratamiento médico, se viene concediendo al usuario, puesto que hemos cubierto y suministrado a través de nuestra red de prestadores, ayudas diagnósticas, servicios especializados y sub especializados, medicamentos, acciones de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación sin dilación alguna, procediendo con la oportunidad, calidad y seguridad que se requiere para lograr la efectividad del tratamiento en esta y en otras patologías con las cuales ha cursado el paciente cumpliendo con lo dispuesto en la normatividad.

Por otra parte, solicita que, por tratarse de un afiliado(a) del régimen subsidiado, se solicita al señor Juez vincular de manera inmediata a la Secretaría de Salud Departamental de San Andrés, para que se haga responsable del recobro y de la

entrega de medicamentos, si es el caso, que no se encuentren dentro del plan de beneficios de salud.

Así también, solicita denegar por improcedente al no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional. De igual manera frente pide no acceder al suministro de transporte, hospedaje y alimentación. En cuanto a la solicitud de atención integral pide sea negado, puesto que la misma implica prejuzgamiento y asumir la mala fe por parte de la Nueva EPS S.A sobre hechos futuros que aún no han ocurrido.

Por último, pide se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Islas, en sentencia del nueve (09) de marzo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRASE improcedente la presente acción de tutela, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

(.....) “.

El Juez consideró que debía establecer la procedencia de autorizar la estadía, alimentación, transporte aéreo y terrestre interno, a favor de la accionante en aras de asistir a los controles por especialidad de oncología, cirugía plástica, estética y reconstructiva medicina interna y verificar si la negativa de la EPS configura una violación a los derechos fundamentales invocados en la presente tutela.

El Despacho arribó a la conclusión que por no evidenciarse que la accionante, previo a interponer la presente acción de tutela, haya acudido ante la Nueva Eps en busca del reconocimiento de los recursos que asegura necesita para acudir a citas con el especialista en oncología y además, que la entidad se haya negado en reconocerlos, no le asiste razón respecto de la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

El *a-quo* afirma que no hay claridad de cuando ha de cumplirse las citas médicas, las que, como lo informó vía telefónica la accionante a la Secretaría del Despacho, se cumplían el 12 de abril de 2022, además, que no ha radicado documento alguno en busca del reconocimiento de recursos para cubrir lo referente a la estadía, alimentación y transporte en el lugar donde ha de recibir la atención médica.

En consecuencia, declaró improcedente la acción de tutela, por cuanto no encontró comportamiento atribuible a la accionada respecto del cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de los derechos fundamentales considerado como vulnerados, máxime cuando la misma accionante manifestó que no ha radicado la solicitud para que le otorguen los viáticos.

De la impugnación y su ampliación

El 23 de marzo de 2022, la actora radicó ante el Juzgado Único Administrativo de este Circulo Judicial, escrito que contiene la impugnación al fallo de tutela del 09 de marzo de la presente anualidad, en el cual señala que: (se transcribe)

“Principalmente, mi inconformidad se centra en que no se analizó de fondo de manera integral, ni se resolvió sobre la pretensión principal; en efecto, solicité que en amparo de mis derechos fundamentales se ordenara a la accionada que autorizara la prestación de los servicios médicos requeridos, pues debo hacerme control por oncología y cirugía plástica ya que la Nueva EPS exige que, con 15 días

con antelación a la cita de control, se solicite la remisión correspondiente. Lo anterior, por cuanto desde el año 2012 me encuentro bajo tratamiento de quimioterapia, radioterapia, mono quimio y desde entonces he presentado dificultades pues, no me han autorizado el pago de los gastos de alimentación y estadía, transporte interno, así como tampoco los de mi acompañante, razón por la cual tuve que establecerme en la ciudad de Bogotá durante cuatro años para poder acceder al servicio de manera continua.

(.....)

Soy madre proveedora, dado que tengo una hija en la universidad quien depende económicamente de mí y solo cuento con ingresos de un salario mínimo mensual.

(.....)” (cursiva fuera del texto)

De igual manera se observa que en escrito separado y en fecha 07 de abril del año en curso, la señora Iris Lucía Gómez Gómez manifiesta que:

Si bien es cierto no había realizado el trámite administrativo ante la Nueva Eps cuando presentó la tutela, no es menos cierto que finalizando el mes de marzo se dirigió a la entidad demandada, con el fin de hacer los trámites administrativos para que le otorgaran los tiquetes, transporte interno y alimentación, ante lo cual la EPS autorizó solo los tiquetes aéreos (la parte accionante allegó constancia de la emisión de los tiquetes aéreos)

Por tal razón solicita que la tutela sea revocada, puesto que se trata de una persona de 59 años, que padece de cáncer y no cuenta con recursos para su sostenimiento en la ciudad de Bogotá. Que inicialmente, manifestó que contaba con familiares en dicha ciudad, lo cierto es que en la actualidad no cuenta con un lugar para su estadía ni el apoyo económico para asumir todos los gastos que ello implica.

Advierte que le hicieron entrega del vóucher de los tiquetes aéreos, en los cuales se evidencia que su viaje a la ciudad de Bogotá sería el día 11 de abril de 2022 y su retorno, el 19 del mismo mes y año. Asevera que, según esto, no contaría con los recursos para su estancia durante nueve (09) días.

Solicita que teniendo en cuenta el tratamiento que le corresponde de manera permanente, le otorguen los recursos necesarios para los gastos de hospedaje, alimentación y transporte interno en la ciudad de Bogotá.

Trámite Procesal Segunda Instancia

El proceso fue repartido e ingresado al Despacho para su conocimiento el día siete (07) de abril de dos mil veintidós (2022). (ver constancia secretarial de fecha 08 de abril de 2022)

La Abogada Asesora del Despacho ponente en fecha 18 de abril de 2022, intentó contactar vía telefónica a la señora Iris Lucía Gómez Gómez al número móvil por ella suministrado 317 736 80 53, en aras de conocer su situación actual respecto de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela, sin obtener respuesta alguna.

El proyecto de sentencia fue debidamente registrado en fecha 20 de abril de 2022.

III.- CONSIDERACIONES

Procedencia

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución de 1991, se prevé como el mecanismo garante que tienen todas las personas para la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales. Así, y como surge de amplísima

fuentes jurisprudenciales, dicha acción tiene por objeto el restablecimiento inmediato y efectivo de los derechos fundamentales que han sido violados mediante mandatos judiciales inmediatos y perentorios, para que el responsable de la agresión o amenaza cese la acción u omisión.

Dadas las características especiales de la acción de tutela –sumaria y preferente– este mecanismo constitucional tiene un carácter residual frente a las acciones judiciales ordinarias, tal como lo estableció el Constituyente de 1991, quien al respecto plasmó:

“(…) 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 (…)

Ahora bien, es menester de este Tribunal precisar que la Corte Constitucional ha dicho que, por regla general, las acciones de tutela deben ser admitidas y tramitadas hasta lograr una decisión, con la garantía del debido proceso a todas las partes y a terceros con interés. Sin embargo, se han establecido requisitos para su procedencia como también, excepcionalmente casos en que se debe rechazar.

Empero, denegar la acción implica un análisis de fondo. Mientras que la improcedencia supone la ausencia de los requisitos procesales indispensables para que se constituya regularmente la relación procesal o proceso y el juez pueda tomar una decisión de fondo sobre el asunto sometido a su consideración. En este orden de ideas, ante la ausencia de un requisito lógico-jurídico esencial para que la relación procesal pueda constituirse, el Juez de instancia debe declarar improcedente la acción y no resolver denegar el amparo solicitado.

En el presente asunto, la acción de tutela resulta procedente, teniendo en cuenta que el derecho a la salud y seguridad social son derechos fundamentales que no

cuentan con un medio judicial ordinario que resulte eficaz e idóneo para su protección, con base en lo cual, la Sala realizará el estudio de fondo correspondiente.

Luego entonces, en consideración de esta colegiatura, debe modificarse la decisión del *a-quo*, pues en primera instancia declaró la improcedencia del trámite constitucional y como ya se dijo, los derechos invocados por la señora Iris Lucía Gómez Gómez no cuentan con otro medio judicial eficaz para su protección.

Presentación del caso.

Por intermedio del Defensor del Pueblo Regional del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y en atención de la solicitud por parte del Hospital *Clarence Lynd Newball* a favor de la señora Iris Lucía Gómez Gómez, fue instaurada una demanda de tutela en contra de la Nueva EPS, por considerar que le asiste derecho al pago de los gastos de alojamiento, alimentación y transporte interno además, del transporte aéreo que le ha sido suministrado por la entidad promotora y prestadora del servicio de salud.

En cuanto a la solicitud de transporte ambulatorio (intermunicipal), la Nueva EPS indica que le garantiza este servicio tan solo al paciente, toda vez que el municipio de San Andrés donde se encuentra zonificado el usuario cuenta con UPC adicional por dispersión geográfica (Resolución 2381 de 2021), ante lo cual el usuario debe acercarse a la oficina de la EPS-S a solicitar el transporte con los documentos que certifiquen su traslado.

La accionada Nueva EPS afirma que, no puede acceder a que se autorice el transporte para un acompañante cuando no acredita los presupuestos que la Corte Constitucional estableció para su reconocimiento y los ha reiterado en su jurisprudencia, como son: "(i) 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”.

Respecto de la solicitud de gastos de alimentación y alojamiento, la EPS señala que NO se evidencia orden médica para dicho servicio, así como tampoco que la accionante requiera estrictamente de un acompañante para los procedimientos médicos que debe realizarse.

El Juzgado Único Administrativo de este Circuito, pese a plantear como tesis en este caso “tutelar los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida de la señora Iris Lucía Gómez Gómez, pues de las pruebas aportadas al expediente, presuntamente se constata que padece de una enfermedad catalogada como catastrófica requiriendo asistir a control por la especialidad médica en oncología, siendo necesario que la Nueva EPS autorice lo referente a la alimentación, estadía y transporte, para la paciente y su acompañante”, finalmente declaró IMPROCEDENTE la tutela incoada, siendo esto contradictorio.

Inconforme con la decisión la demandante, la impugnó.

Problema constitucional:

Una vez determinada la procedencia de la presente acción de tutela, corresponde a la Sala determinar, si a la accionante se le han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y seguridad social, por parte de la Nueva EPS.

Para resolver esta cuestión, la Sala abordará los siguientes temas: (i) la salud y seguridad social como derechos fundamentales, (ii) El derecho a la salud de manera integral- jurisprudencia reiterada (iii) derecho a los servicios incluidos y no incluidos

en el Plan Obligatorio y los servicios ordenados por médico tratante no perteneciente a la Red de Prestadores (v) el análisis del caso concreto.

La salud y seguridad social como derechos fundamentales

El derecho a la salud se constitucionalizó de forma expresa en los artículos 44 y 49 de nuestra actual Constitución Política como un derecho inherente a la persona. Según un primigenio criterio formalista de interpretación, el derecho a la salud fue considerado como un derecho meramente prestacional debido a su ubicación topográfica en dicha Constitución. De allí, y por influjo directo de las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, fue considerado como un derecho de doble connotación –fundamental y asistencial–, luego como un derecho fundamental por conexidad, posteriormente como un derecho fundamental con relaciones a determinadas poblaciones –adulto mayor, personas en estado de discapacidad, población en estado de desplazamiento–, seguidamente como fundamental con relación a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud y, finalmente, como un derecho fundamental per se.

El derecho a la salud se encuentra consagrado no solo en la Constitución de 1991, sino también en múltiples instrumentos jurídicos internacionales que hoy hacen parte de nuestra normativa por vía del llamado bloque de constitucionalidad. Igualmente, se encuentra desarrollado en innumerables disposiciones de origen legal y reglamentario. En especial por medio de las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011. Debido a la ubicación inicial del derecho a la salud en nuestra Constitución de 1991 mucho se ha dicho sobre su naturaleza jurídica.

Quizá ha sido la Corte Constitucional quien ha ido estabilizando vía jurisprudencial la iusfundamentalidad del derecho en cuestión. Recurso que ha sido controversial, no lineal, no pacífico. No obstante, hoy se ha ido consolidando la fundamentalidad del derecho a la salud por tal vía. Por lo menos, existe una cierta concertación

jurisprudencial en cuanto a que el derecho a la salud es un derecho fundamental por conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, el desarrollo de la libre personalidad, obviamente con la dignidad humana.

Pero, precisamente por su relación directa con la dignidad humana, por ser universal, inherente a la persona humana, indisponible, irrenunciable, por entrañar libertades y derechos, por su esencialidad en la materialización de una vida digna y con calidad, por ser un derecho integral e integrador de otros derechos y condiciones vitales, por tener una dimensión individual, pero también una dimensión colectiva es que el derecho a la salud, sin lugar a dudas, es un derecho fundamental; y como derecho seriamente fundamental debe ser objeto de todas y cada una de las garantías constitucionales y legales previstas para tal tipo de derechos y no solo para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela .

El Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su conjunto, es un servicio público esencial. Es además un 'servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado' (art. 4°, Ley 100 de 1993).

Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona. La forma en que se garantiza su acceso al servicio de salud, depende de la manera en que la persona se encuentre vinculada al Sistema de Salud.

La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social, por un lado, como un derecho

irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales”

El derecho a la salud de manera integral- jurisprudencia reiterada

El derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. De igual manera, comprende la satisfacción de otros derechos vinculados con su realización efectiva, como ocurre con el saneamiento básico, el agua potable y la alimentación adecuada. Por ello, según el legislador estatutario, el sistema de salud: Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles;

información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.

Las entidades prestadoras de salud deben garantizarlo en todas sus facetas – preventiva, reparadora y mitigadora y habrán de hacerlo de manera integral, en lo que hace relación con los aspectos físico, funcional, psíquico, emocional y social. Dentro de la garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad.

El principio de integralidad tiene por finalidad mejorar las condiciones de existencia de los pacientes, prestando los servicios médicos en el momento adecuado, en otras palabras este mandato de optimización 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”. Asimismo, la integralidad en el servicio de salud implica que el doliente debe recibir el tratamiento de calidad que requiere según las condiciones de la patología que lo aquejan y las realidades científicas y médicas.

Derecho a los servicios incluidos y no incluidos en el Plan Obligatorio y la facultad de la entidad para solicitar el reembolso de los gastos en que incurra

Como se dijo, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los

planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no. De acuerdo con la ley (Ley 100 de 1993) las personas tienen derecho a acceder, en principio, a los servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud (art, 162). Si las personas están afiliadas al régimen contributivo pueden acceder a todo el plan obligatorio de servicios. Así pues, el acceso a los servicios de salud que se requieran y estén contemplados dentro de los planes obligatorios, está garantizado constitucional y legalmente. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud y 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.

El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 prevé que los habitantes del territorio nacional puedan acceder a un Plan Obligatorio de Salud (POS). Dicho Plan tiene como objetivo el de permitir la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Con ocasión a lo anterior, el Ministerio de Salud y la Protección Social estableció el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) a través de la Resolución 5592 de 2015. Allí se contempla un conjunto de servicios y tecnologías que se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la salud para que las EPS o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y tecnologías en las condiciones previstas en esta resolución.

La Honorable Corte Constitucional, ha reiterado que, en principio, la acción de tutela es procedente para exigir el suministro y la prestación de servicios que se encuentran incluidos en el POS. Siendo así, el acceso a los servicios de salud está condicionado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

“(i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio, (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud”.

Dicha Corporación también ha aceptado la posibilidad de reconocer tratamientos o suministros que no están incluidos o que están expresamente excluidos del POS. Con tal objetivo, se deben agotar las siguientes exigencias:

“(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 obligatorio; (iii) 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”

Por otro lado, el artículo 126 de la Resolución 5592 de 2015 dispone el servicio de transporte o traslado de pacientes en los siguientes términos:

“El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio pre hospitalario 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 contrareferencia. 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.

ARTÍCULO 127. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. 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.

PARÁGRAFO. Las EPS o las entidades que hagan sus veces igualmente 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 servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial (...)."

Entre tanto, este Tribunal ha identificado situaciones de usuarios del sistema de salud en las que el servicio de transporte no está incluido en el POS y los procedimientos médicos asistenciales ordenados para su tratamiento son requeridos con necesidad. Siendo así, la Corte ha manifestado que “el servicio de transporte se constituye en el medio para que las personas accedan a los servicios de salud necesarios para su rehabilitación en los casos en que el servicio no se pueda brindar en el lugar de residencia del paciente cuya responsabilidad recae sobre él mismo o sobre su familia”. Por ello, se ha establecido que las EPS deben brindar el servicio de transporte siempre que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

Del mismo modo, se ha previsto la necesidad de reconocer el servicio transporte para el acompañante del paciente debido a que el POS no lo contempla. **Con tal fin, la Corte ha sostenido que se debe corroborar que el usuario “(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”.**

Sobre los servicios y órdenes medicas de los médicos tratantes-perteneientes o no a la Red de Prestadores de la EPS.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional reiterada, un servicio médico requerido por un usuario, esté o no incluido en el POS, debe en principio ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, comoquiera que es la “persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente”. También se ha sostenido que si bien, el criterio principal para definir cuáles servicios requiere un paciente es el del médico tratante adscrito a la EPS, éste no es exclusivo, en tanto

el concepto de un médico particular puede llegar a vincular a la intermediaria de salud respectiva.

Debe señalarse, en consecuencia, para que proceda esa excepción se requiere, como regla general, que exista un principio de razón suficiente para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado. Como se ha dicho, esta es una elemental obligación de los usuarios del sistema, que tiende a asegurar su operatividad, que se vería gravemente alterada, si las personas pudiesen optar libremente por dirigirse a médicos que no se encuentren adscritos a la entidad responsable de atender sus requerimientos de salud.

Concretamente, en la sentencia T-760 de 2008, se puntualizó los eventos en los cuales el criterio de un médico externo es vinculante a la EPS. En síntesis, la providencia dejó en claro que el concepto de un médico particular obliga si:

- a. La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.
- b. Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.
- c. El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.
- d. La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como “tratante”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

En tales casos, el concepto médico externo vincula a la entidad prestadora del servicio, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del

caso concreto. Tal resultado puede ser derivado del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS.

Así, la Corte ha determinado que se viola el derecho a la salud cuando se niega un servicio médico sólo bajo el argumento de que lo prescribió un médico externo, a pesar de que:

- a. Existe un concepto de un médico particular.
- b. Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud.
- c. La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas.

Por ello debe estudiarse cada caso específico, momento en el cual el Juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo.

Estas reglas jurisprudenciales han sido aplicadas recientemente por la Corte en múltiples oportunidades. Por ejemplo, en las sentencias T-435 de 2010, T-178 de 2011, T-872 de 2011, T-025 de 2013, T-374 de 2013 y T-686 de 2013 las entidades encargadas de prestar los servicios de salud a los actores les negaron determinados procedimientos médicos, (exámenes diagnósticos, medicamentos, tratamientos, procedimientos, entre otros) argumentando que no habían sido ordenados por un profesional adscrito a la entidad. La Corte, en todos ellos, reiteró las reglas arriba mencionadas y como consecuencia tuteló los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de los interesados.

Caso concreto

En atención a lo expuesto, corresponde en esta oportunidad decidir si los derechos fundamentales a la salud y seguridad social han sido conculcados a la señora Iris Lucía Gómez Gómez, por la Nueva EPS, al no ser autorizado el servicio integral en salud que implica no solo los gastos para su desplazamiento y el de su acompañante

sino también, el suministro de medicamentos e implementos y procedimientos que sean necesarios para atender su tratamiento y su recuperación, alojamiento, alimentación y transporte interno.

De las pruebas que obran en el plenario y que fueron valoradas por el Juez en primera instancia, se constatan para el estudio de la presente impugnación, las que a continuación se relacionan:

1. Copia de la orden No. 5872848 con fecha 27 de enero de 2022 para consulta de control o seguimiento por especialista en cirugía plástica estética y reconstructiva.
2. Copia simple de la historia clínica de la señora Iris Lucía Gómez Gómez en la Clínica General Ambulatoria.
3. Copia de la orden No. 5966593 con fecha 27 de enero de 2022, para consulta de control o de seguimiento por especialista en oncología.
4. Copia del boleto electrónico de vuelo No. 4259 en aerolínea Latam Airlines a nombre de la señora Inés Lucía Gómez Gómez desde la isla de San Andrés en fecha 11 de abril de 2022 y retorno hacia la isla de San Andrés el 19 de abril de 2022 en vuelo No. 4258.

Teniendo en cuenta los documentos arriba relacionados que sirven de prueba en el presente asunto, se observa que la señora Iris Lucía Gómez Gómez padece de cáncer, una enfermedad crónica que requiere de tratamiento permanente por especialidad oncológica. Las órdenes médicas que fueron aportadas junto con la demanda de tutela acreditan que su médico tratante solicita el control periódico en la ciudad de Bogotá donde se encuentra ubicado el Centro Clínico y Hospitalario que le brinda la atención ambulatoria a la paciente.

Asimismo, se evidencia que el servicio de salud no le ha sido negado a la actora por parte de la entidad accionada, pues ella misma confirma que desde el inicio de su tratamiento en el año 2012 y hasta la fecha, le ha sido dispensado dicho servicio médico. Sin embargo, alega que no cuenta con los recursos que permitan asumir los gastos de alojamiento, alimentación y transporte interno durante los días en que debe asistir a sus citas en la ciudad de Bogotá y la Nueva EPS solo autoriza sus tiquetes aéreos para desplazarse desde San Andrés hacia la ciudad de Bogotá y su retorno.

La Nueva EPS afirma que la señora Iris Lucía Gómez Gómez no ha solicitado en ningún momento la autorización de gastos de sostenimiento y que, de haberlo solicitado, la entidad debió verificar el lleno de algunos requisitos legales para conceder los mismos. No obstante, en la actualidad no se evidencia que la actora cumpla con dichas exigencias.

Ahora bien, llama la atención que la accionante misma informa, que al inicio de su tratamiento no solicitó el reconocimiento de los gastos que ahora requiere por parte de la Nueva EPS, toda vez que, contaba con familiares que se encontraban domiciliados en la ciudad de Bogotá y por ello, no fue necesario que además del transporte aéreo se autorizara el pago de otros gastos. La Nueva EPS entonces, no está obligada a conjeturar su necesidad actual y a juicio de esta autoridad judicial, NO hay elementos suficientes para concluir que existe una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales aquí invocados, por la supuesta omisión en autorizar los gastos de alojamiento, alimentación y transporte interno a favor de la paciente.

El Tribunal debe señalar que para la fecha de presentada la demanda y proferido este fallo que resuelve su impugnación, no se conoce a ciencia cierta las circunstancias que rodean las pretensiones de la señora Iris Lucía Gómez Gómez, pues, según los documentos que reposan en el expediente la cita de control que debía atender fue programada para el día 12 de abril de 2022 y la Nueva EPS emitió

los tiquetes desde la isla de San Andrés hacia la ciudad de Bogotá el 11 de Abril con retorno el día 19 de Abril del año en curso. Siendo conocedora la actora, de las fechas de sus citas médicas con suficiente antelación, no es dable interpretar que se acuda a esta vía judicial en uso de la acción constitucional de tutela sin antes solicitar a la entidad demandada la autorización de los gastos que asevera la parte interesada necesita para su sostenimiento mientras se encuentre en la ciudad donde ha sido remitida para recibir el servicio médico, por ignorar el trámite administrativo ante la EPS.

Aunado a lo anterior, vale resaltar que la edad de la paciente per se, no da lugar al reconocimiento de sus gastos y los de su acompañante, por cuanto este derecho se encuentra supeditado a las condiciones socioeconómicas de la misma. Sobre este aspecto el Tribunal no puede hacer valoración alguna pues, se itera, pese al carácter informal de la tutela, el Juez debe contar con los elementos mínimos para determinar si existe amenaza, violación o daño irremediable en cada caso particular.

Por último y no menos importantes, esta colegiatura insta a la parte accionante para que, en lo sucesivo, haga la solicitud directamente ante la EPS previo a instaurar demanda de tutela en aras de informar a la entidad promotora de salud sobre las circunstancias que pueden sobrevenir a su situación médica y socioeconómica, lo cual es determinante para autorizar el pago de los gastos adicionales que dice requerir.

Por lo dicho en precedencia, se modificará la decisión del *a-quo*, pero en el sentido de no declarar improcedente la acción sino, de negar las pretensiones de la demanda, al no comprobarse la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social de la señora Iris Lucía Gómez Gómez.

Expediente: 88-001-3333-001-2022-00036-00
Demandante: Iris Lucía Gómez Gómez
Demandado: Nueva EPS
Acción: Tutela 2da Instancia

SIGCMA

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V.- FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Circuito Judicial del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el nueve (09) de marzo dos mil veintidós (2022) y en consecuencia, **NEGAR** el amparo de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social de la señora Iris Lucía Gómez Gómez por las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.

SEGUNDO: Comuníquese esta decisión a las partes, al *a quo* y a la representante del ministerio Público, por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: Envíese a la Corte Constitucional el expediente para su eventual revisión, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

Expediente: 88-001-3333-001-2022-00036-00
Demandante: Iris Lucía Gómez Gómez
Demandado: Nueva EPS
Acción: Tutela 2da Instancia

SIGCMA

NOEMI CARREÑO CORPUS

JESÚS GUILLERMO GUERRERO G.

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-3333-001-2022-00036-00)

Firmado Por:

Jose Maria Mow Herrera

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 002 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Noemi Carreño Corpus

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 003 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 001 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Expediente: 88-001-3333-001-2022-00036-00
Demandante: Iris Lucía Gómez Gómez
Demandado: Nueva EPS
Acción: Tutela 2da Instancia

SIGCMA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

1bb3f6813b4191c40f6089e26b10c0c50bae6845cb461e91b3b2c2dd2d269df5

Documento generado en 22/04/2022 12:08:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>