

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022)

ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA RAD. 110014003055**20220007201**

Decide el Despacho la impugnación formulada respecto de la sentencia dictada el 15 de febrero de 2021, por el **Juzgado Quinto (5) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá**, en la salvaguarda promovida por María Cárdenas Rincón, **a través de agente oficio** frente a **Famisanar EPS**.

1. ANTECEDENTES

En resumen, la accionante pidió la protección del derecho fundamental a la salud, para que, en consecuencia, se ordene a la entidad promotora de salud apruebe la orden médica emitida el 14 de febrero de 2022 por la profesional de la salud Martha Leticia Suarez Acuña en la que ordenó TRASLADO TRANSPORTE AMBULATORIO DOMICILIARIO HOSPITAL TRASLADO REDONDO, 5 POR MES, POR 6 MESES No 30 MIPRES 20220114165032467645.

En tal sentido, señaló que, el médico tratante ordenó el servicio de transporte terrestre intermunicipal redondo diferente a ambulancia entre 61 a 80 KM, desde el Municipio de Fusagasugá – Cundinamarca a la ciudad de Bogotá donde se lleva a cabo el tratamiento médico necesario solicitado el 28/05/2021 y 8/07/2021, en la periodicidad descrita en el escrito de amparo.

Indicó que, el 14 de enero de 2022 se emitió orden por la profesional de la salud en mención prescribiendo el servicio requerido a través de la presente acción de tutela, por tal motivo, mediante la plataforma de consulta RADICACION MIPRES, se informó la respuesta sobre la orden ya nombrada en el hecho anterior donde la junta médica decidió no aprobar el servicio ordenado.

Añadió que, ante la negativa de la entidad promotora de salud, el 21 de enero de 2022 radicó PQR vía telefónica bajo el radicado 1325504, de la cual obtuvo nuevamente respuesta negativa el 25 del mismo mes y año, pretextando que la Junta Médica había negado el servicio deprecado.

El Juez *a quo* negó el amparo deprecado argumentando que ante la falta de autorización por parte de la Junta Médica adscrita a la EPS accionada es improcedente ordenar el servicio solicitado.

La accionante se mostró en desacuerdo con el fallo de primera instancia, aduciendo, primero, que los hechos narrados en la sentencia no corresponden al presente asunto; segundo, la accionante es María Elina Cárdenas Rincón y no María Lucena Herrera Manrique; tercero, lo solicitado es el TRASLADO TRANSPORTE AMBULATORIO DOMICILIO – HOSPITAL TRASLADO REDONDO, 5 POR MES, POR 6 MESES No. 30, más no el servicio de enfermera 24 horas, entrega de pañales desechables, pañitos para el baño, crema antiescaras, nutrición para la sonda, sonda para el estómago, así como tampoco lo es tratamiento integral.

Indicó, que la responsabilidad dada a MEDIMÁS EPS S.A.S., no guarda relación con lo solicitado en el escrito de tutela, ya que el responsable es FAMISANAR. Por último, reitero que negar el servicio prescrito pone en riesgo la integridad física, el estado de salud y en general la vida de la agenciada.

Trámite Segunda Instancia

Vinculación IPS Colsubsidio

Para el efecto, indicó que presta, entre otros, los servicios de salud bajo la modalidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS), a través de una Red de Clínicas y Centros Médicos; que respecto a la atención en salud de la paciente María Elina Cárdenas Rincón, adulta mayor de 63 años de edad, consigna el antecedente patológico correspondiente a Mieloma Múltiple y actualmente adelanta seguimiento a través de la especialidad de Hematología de la Clínica Colsubsidio de la Calle 127.

Así mismo, señala que no encontraron que la paciente fuera candidata para trasplante, pero proponen como manejo actual mantenimiento con Bortezomib.

Ahora bien, en trazabilidad de las prestaciones del servicio señala que parte de la especialidad de Hematología se dio la orden de traslado redondo (servicio especial), dado su antecedente clínico (Orden expedida el día 14 de enero de 2022 por 6 meses); y, registra cita asignada para el día 20 de abril en la IPS Clínica Calle 127 Colsubsidio para seguimiento a través de la especialidad de Hematología.

Además, precisa que acorde a niveles de suficiencia técnico científica habilitados, la paciente ha recibido la atención especializada requerida, de forma oportuna, realizando las intervenciones necesarias para su bienestar.

También resalta que, en el contexto de habilitación de servicios, la orden de transporte corresponde a la EPS, al igual que garantizar su autorización y prestación dentro de sus instituciones contratadas para el efecto.

Por lo anterior, alega falta de legitimación en la causa por pasiva y solicita se declare improcedente la presente acción constitucional.

➤ Pruebas obrantes en el expediente.

- 1.- Escrito de tutela.
- 2.- Cédula de ciudadanía No. 20.566.932 de Fusagasugá.
- 3.- Historia Clínica.
- 4.- Misiva del 22 de septiembre de 2017 dirigida a la Administradora Colombiana de Pensiones - Col pensiones – acerca de la firmeza del Dictamen de Calificación de Invalidez de María Elina Cárdenas de Rincón.
- 5.- Formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional No. 2017231715TT.
- 6.- Formulario de direccionamiento de servicios respecto del TRANSPORTE TERRESTRE INTERMUNICIPAL REDONDO DIFERENTE AMBULANCIA ENTRE 61 A 80 KM.

7.- Prescripción médica del 14 de enero de 2022 otorgada por el médico Martha Suarez adscrito a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO y PLAN DE MANEJO.

8.- Pantallazo respuesta negativa MIPRES 20220114165032467645 TRANSPORTE ENERO 2022.

9.- Respuesta emitida por Famisanar dirigida a la accionante del 25 de enero de 2022.

2. CONSIDERACIONES

El problema jurídico que se pone a consideración de este Despacho consiste en determinar si la acción de tutela constituye el mecanismo idóneo y procedente para ordenar el servicio de transporte terrestre intermunicipal ordenado por el médico adscrito a la EPS Colsubsidio, IPS que tiene contrato con la EPS Famisanar, en razón, a que la agenciada vive en Fusagasugá y el tratamiento médico lo sigue en la ciudad de Bogotá.

En ese sentido, el artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991 establecen expresamente que la tutela solo procede cuando *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”*. Su procedencia está condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que esta acción no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa, tampoco a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, ni a las autoridades administrativas que tengan competencias jurisdiccionales, por tanto, el juez de tutela no puede sustituirles, a menos que advierta un perjuicio irremediable¹.

Entre las autoridades administrativas con facultades jurisdiccionales está la Superintendencia Nacional de Salud. Para el despliegue de sus competencias el Legislador previó un trámite preferente y sumario regulado por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que, inicialmente y hasta la promulgación de la Ley 1949 de 2019 (el 8 de enero), consistía en un procedimiento de 10 días para dirimir las controversias sometidas a su conocimiento.

En relación con este trámite, de conformidad con los hallazgos de la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008², la Corte Constitucional ha entendido que dicho mecanismo no es idóneo, pues en sesión del 6 de diciembre de 2018, el Superintendente de Salud señaló, entre otras, que: *(i) para la entidad es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días fijados por la ley; y por lo tanto, (ii) hay un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad, en todas sus sedes. Así, se ha destacado que “mientras persistan dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud”*.

Por esta razón, pese a la existencia del trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud, dadas las limitaciones operativas que se presentaron en la práctica con los términos de decisión previstos antes de la Ley 1949 de 2019, la acción de tutela es el medio eficaz para proteger el derecho a la salud.

¹ Apartado consolidado a partir de las consideraciones de las sentencias T-170 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

² Al respecto las Sentencias T-170 y T-192 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) advirtieron que *“la determinación de la idoneidad y la eficacia del mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del sistema de salud a cargo de la Superintendencia de Salud debe tomar en consideración los elementos de juicio recolectados en el marco del seguimiento que ha realizado esta Corporación a la Sentencia T-760 de 2008, a través de su Sala Especial de Seguimiento”*

Por ello, el requisito de subsidiariedad se encuentra acreditado en tanto para el momento de la interposición de esta acción no existía un medio de defensa judicial idóneo al que pudiera acudir la accionante. Además, debe considerarse que la misma es un sujeto de especial protección constitucional, en razón de su edad, su diagnóstico y de su condición de discapacidad debidamente calificada y en firme, por lo que la intervención del juez constitucional se requiere en forma urgente, para contener los efectos que puede tener la discontinuidad en su tratamiento y para asegurar, a través de él, de una recuperación pronta y efectiva.

Por su parte, el derecho a la salud³ es una garantía *ius fundamental* de la que goza toda la población. En virtud de él, cada individuo debe disfrutar de las mismas oportunidades (entendidas como facilidades, bienes, servicios y condiciones) para alcanzar el “*más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente*”, bajo el entendido de que la salud es “*un estado de completo bienestar físico, mental y social*”.

De acuerdo a lo anterior, no se trata de un derecho a estar “*sano*” o desprovisto de enfermedades. Se trata, más bien, de tener la posibilidad de incrementar los niveles de salud propios, tanto como sea factible, de conformidad con las viabilidades materiales estatales y científicas, en armonía con la libertad de la persona, sus condiciones biológicas y su estilo de vida.

Por ello, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 reguló el derecho fundamental a la salud, orientó la prestación del servicio público asociado a él y definió las pautas que rigen el sistema de salud, entendido como 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*”. Además, precisó los elementos y los principios relacionados con el derecho a la salud.

Tales elementos son cuatro: la disponibilidad, la aceptabilidad, la calidad e idoneidad profesional y la accesibilidad. Para efecto del análisis en desarrollo, el despacho se concentrará en el último.

La **accesibilidad** alude a que los servicios y tecnologías para lograr el mayor nivel de salud posible sean accesibles a todas las personas, sin discriminación y con observancia de las diferencias culturales, etarias y de género que existan entre ellas.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de conformidad con el numeral 2 del artículo 2° y del artículo 3, proscribe cualquier tipo de discriminación para recibir bienes, servicios y atenciones en salud. En relación con la accesibilidad, el mandato es el acceso en condiciones de igualdad a los servicios médicos, de modo que comprende (i) la no discriminación, (ii) la accesibilidad física, (iii) el acceso a la información y (iv) la accesibilidad económica, que será abordada en forma más detallada.

En cuanto a la accesibilidad física, se ha establecido que los servicios de salud deben estar al “*alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial [de] los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA*”. Según este mandato, se espera que los servicios se encuentren ofertados a una “*distancia geográfica*

³ Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

razonable” y en edificaciones a las que las personas en condición de discapacidad física puedan ingresar en forma autónoma.

Respecto a la accesibilidad económica⁴, se ha dicho que los bienes y servicios relacionados con el sector de la salud, deben estar al alcance de los miembros de la sociedad. Para ello el pago por la atención médica y los insumos que requiera un tratamiento, deben responder a criterios de equidad y asegurar que los grupos socioeconómicamente más vulnerables puedan acceder a la totalidad de la oferta, sin discriminación en razón de la capacidad económica que tengan para asumir su costo.

En cuanto al servicio de transporte intermunicipal para pacientes ambulatorios, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha dicho que debe ser cubierto por la EPS cuando el usuario lo requiera para acceder al servicio en el prestador autorizado por la entidad.

En la sentencia SU-508 de 2020 se dijo:

“La Sala Plena unificó las reglas sobre el suministro del servicio de transporte intermunicipal para pacientes ambulatorios, es decir, que no requieren hospitalización. Dicha providencia reiteró la jurisprudencia que ha establecido que, aunque el transporte no es una prestación médica en sí misma, es necesario para garantizar la faceta de accesibilidad del derecho fundamental a la salud, a la que se hizo referencia anteriormente, por lo que su falta de suministro se puede convertir en una barrera de acceso. Allí se enfatizó que, en el plan de beneficios vigente actualmente, no existe duda de que el transporte intermunicipal para paciente ambulatorio se encuentra incluido, pues no ha sido expresamente excluido y, de hecho –aunque este no es un factor determinante para concluir que un servicio de salud está incluido en el conjunto de servicios a los que tiene derecho un usuario del Sistema de Salud–, la reglamentación regula su provisión. La Corte recordó que, de acuerdo con el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, las EPS están obligadas a conformar su red de prestadores de manera que aseguren que sus usuarios puedan acceder a los servicios que requieran en todo el territorio nacional y escoger un prestador entre las IPS con las que exista convenio en el área de influencia correspondiente.

De esta forma, se unificó el criterio en el sentido de que cuando un usuario del Sistema de Salud debe desplazarse de su municipio o ciudad de residencia para acceder a un servicio de salud ambulatorio que requiere y está incluido en el plan de beneficios vigente, pues la EPS autorizó la prestación de tal servicio en una institución prestadora por fuera de dicho municipio o ciudad, la EPS debe asumir el servicio de transporte, por cuanto no hacerlo podría equivaler a imponer una barrera de acceso al servicio. Este servicio de transporte intermunicipal para paciente ambulatorio no requiere prescripción médica porque es después de la autorización de la EPS (que sigue a la prescripción) que el usuario sabe en dónde exactamente le prestarán el servicio ordenado por su médico. Por eso, el cubrimiento del servicio de transporte intermunicipal es responsabilidad de la EPS desde el momento en que autoriza la prestación del servicio de salud en un municipio distinto a aquél donde vive el usuario. Adicionalmente, la Corte Constitucional aclaró, en la misma sentencia que no es exigible que el usuario pruebe la falta de capacidad económica para que la EPS esté obligada a asumir el servicio de transporte intermunicipal, dado que este es un servicio financiado por el Sistema de Salud para asegurar el acceso a los servicios que requiere”.

⁴ Sentencias T-884 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-739 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-223 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-905 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1228 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-1087 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-542 de 2009 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-550 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo).

Por otra parte, y previo a entrar a la revisión del caso en concreto, frente a la vinculación realizada en esta instancia judicial, frente a la IPS Colsubsidio, debe precisarse que la H. Corte Constitucional en Auto 301 de 2010 precisó que *“en casos especiales, atendiendo a los principios de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia que rigen el trámite de la acción de tutela (Art. 3° del Decreto 2591 de 1991), cuando las circunstancias de hecho lo ameritan, dentro de la revisión que adelanta la Corte Constitucional resulta factible vincular de oficio a quienes no fueron llamados durante el trámite de las instancias, a pesar de tener interés en el asunto”*.

Y es que, para el asunto de marras, es pertinente recordar que el alto colegiado Constitucional, en sentencia SU 116 de 2018, ilustró la vinculación del tercero legítimo como nulidad saneable y enseñó que la misma puede surtirse durante la etapa de revisión.

Para esa ocasión, hizo alusión al Auto 536 de 2015 en el que se señaló que *“la vinculación en sede de revisión está reservada para casos en los cuales se demuestre la calidad de sujeto de especial protección constitucional del accionante y en razón de su condición de vulnerabilidad, haría desproporcionado extender en el tiempo la protección de sus derechos, aclarando que la Corte tiene un especial deber de argumentación para justificar las razones por las cuales se decide, en detrimento del derecho de contradicción y defensa, integrar el contradictorio, con el fin de evitar que se configure la nulidad”*.

Es por ello, que revisada la situación de la accionante se demuestra que se trata de una persona de especialísima protección, pues a parte de padecer un cuadro clínico que no le permite el desplazamiento físico y por ende una condición digna, se trata de una persona de la tercera edad, que bajo la luz de la constitución y del Estado amerita una férrea protección.

Superado lo anterior, el Despacho procede a resolver de fondo la presente acción constitucional en grado de impugnación, y observa que,

Para el Caso en concreto.

Descendiendo al caso concreto, se encuentra que la accionante es una persona de 64 años de edad que presenta diagnóstico de MIELOMA MÚLTIPLE, ANTECEDENTE DE CIRUGIA DE COLUMNA ARTROIDEIS L4, L5, FRACTURAS ANTIGUAS T11, T12, OSTEOPOROSIS CON ALTO RIESGO DE FRACTURA, quien cuenta con una calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 55.02% de origen común con fecha de estructuración del 18 de abril de 2017. Y para que la señora María Elina Cárdena de Rincón asista a las terapias físicas y ocupacionales ordenadas por el médico tratante requiere del servicio de transporte, ya que su lugar de residencia es Fusagasugá y el tratamiento se sigue en Bogotá.

De acuerdo a la situación fáctica anteriormente descrita y la jurisprudencia citada, además, de las pruebas allegadas, prontamente se encuentra que el fallo de primera instancia debe ser revocado de manera integral.

Lo anterior, en la medida que se trata de proteger a una persona de especial protección constitucional que padece de una enfermedad catastrófica que constituye un tipo de *cáncer en las cédulas que afecta el sistema óseo del sistema inmune*, la cual amerita cuidados extremos para que ella pueda conservar una vida digna, por ende, su diagnóstico como el comportamiento derivado de él, le dificulta a la accionante movilizarse de un lugar a otro para recibir el tratamiento ordenado; adicionalmente, la entidad promotora de salud autorizó la prestación del servicio de

terapias en la ciudad de Bogotá y la señora vive en Fusagasugá, lo que tampoco fue desvirtuado, implicando un gasto económico que en principio de acuerdo a la jurisprudencia citada no está obligada a costear, pues el prestador del servicio debe verificar en su red de instituciones prestadoras del servicio cual cuenta con la cobertura de la afiliada.

Entonces, más allá que nada se dijo respecto de la situación socioeconómica de la accionante y su núcleo familiar, en virtud del principio de solidaridad y la unificación de jurisprudencia edificada por el órgano de cierre Constitucional, le corresponde a la entidad promotora de salud costear el gasto de transporte mientras no se compruebe la capacidad económica de la accionante y su núcleo familiar para asumirlo, se compruebe que no vive en la Fusagasugá o que en su defecto se autorice el servicio de rehabilitación en una institución cercana al domicilio de la afiliada que implique un menor trayecto de ruta para acceder a los servicios autorizados con la cual se tenga contrato, pues de persistir la negación del servicio ello se constituye en una barrera que impide el acceso efectivo a los servicios de salud que requiere la agenciada.

En tal sentido, el despacho no hará ningún pronunciamiento respecto de la ausencia de prueba sobre la eventual Junta Médica que negó el servicio de transporte.

Por las anteriores razones, se revoca el fallo de primera instancia y en su lugar se concede el amparo deprecado autorizando a través de esta providencia el servicio de transporte deprecado solo en la periodicidad prescrita por el médico tratante y con las salvedades descritas, de acuerdo a lo dispuesto en la sentencia SU-508 de 2020.

2. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

3.1. REVOCAR el fallo de primera instancia proferido por el **Juzgado Quinto (5º) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá**, el 15 de febrero de 2022, por las razones anotadas en las consideraciones de esta providencia.

3.2. CONCEDER el amparo solicitado por la señora María Elina Cárdena de Rincón, respecto de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

3.3. ORDENAR a FAMISANAR EPS que, a través de su representante legal, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, haga las gestiones administrativas necesarias para asegurar el transporte de María Elina Cárdena de Rincón, para acudir a las terapias físicas y ocupacionales ordenadas por el médico tratante desde su domicilio al lugar donde se encuentra ubicada la IPS encargada de prestar el servicio prescrito, a fin de apaciguar el diagnóstico que padece denominado MIELOMA MULTIPLE. Lo anterior, mientras la entidad no autorice el servicio en una IPS cercana al lugar de domicilio de la accionante con la cual tenga contrato y/o se compruebe la capacidad económica de la accionante y su núcleo familiar para sufragar tales desplazamientos.

3.4. NO CONCEDER amparo Constitucional frente a las demás entidades vinculadas.

3.5. COMUNICAR lo resuelto, tanto a la Juez *a quo* como a las partes, por el medio más expedito y eficaz.

3.6. REMITIR las presentes diligencias a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ