

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO  
BOGOTÁ D.C.

ACCIÓN DE TUTELA No. 110013105029202100103-00

ACCIONANTE: ANGELA DAYANA BAUTISTA AMADO  
C.C. No. 1.013.675.826

ACCIONADAS: NUEVA EPS

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

ANTECEDENTES

La señora ANGELA DAYANA BAUTISTA AMADO identificada con cédula de ciudadanía No. 1.013.675.826 actuando en nombre propio, interpone Acción de Tutela en contra de la NUEVA EPS, por considerar que se le están vulnerando los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, la igualdad y la vida en condiciones dignas con ocasión a que la accionada no ha prestado lo servicios médicos en forma integral pese a que se requieren con urgencia y de manera continua, pues indica ser una paciente con varios diagnósticos., de acuerdo con lo siguiente;

HECHOS RELEVANTES

- Manifiesta la accionante que nació el 17 de agosto de 1997, y desde tal calenda ha tenido que estar sometida a diferentes tratamientos y procedimientos médicos, por padecer inicialmente de “MIELOMENINGOCELE”, que es un defecto de nacimiento en el que la columna vertebral y el conducto raquídeo no se cierran antes del nacimiento y como consecuencia, he tenido que vivir con otras afectaciones a la salud como “MENINGITIS, HIDROCEFALIA, DERVIACIONES VENTRICULOPERITONEALES, OSTEOMIELITIS CALCÁNEO DERECHO; PIE EQUINO VARO Y VALGO; ADENOIDECTOMIA; AMPUTACION MIEMBRO INFERIOR IZQUIERO; TONSILLECTOMIA; COLOSTOMIA, CISTOTOMIA y PERITONITIS”
- Señala que a la fecha tiene 23 años de edad y que sus necesidades y condiciones físicas han ido cambiando con el tiempo, por ello los médicos tratantes han determinado nuevos procedimientos, exámenes y medicamentos, los cuales en múltiples ocasiones han sido negados por la accionada por no encontrarse incluidos en el POS o en su defecto han sido demorados debido a trámites administrativos como el diligenciamiento de formularios mipres.
- Refiere que actualmente tiene muñón por amputación del miembro inferior izquierdo, y el pie derecho no es funcional, las condiciones de su discapacidad están por encima del 50% y son determinantes para el manejo de su vida cotidiana, trae como ejemplo el caso de su movilización.
- De conformidad con su estado de salud arguye que requiere prótesis de miembro inferior con medidas y materiales acordes a su estado de salud, dispositivos de apoyo ortopédicos como silla de ruedas, que debe estar conforme con los criterios médicos vigentes (medidas ortopédicas de acuerdo a su crecimiento y edad, cojín antiescaras, antebrazos plegables para el desplazamiento en transporte público).
- Aduce que los insumos de ortopedia que tiene están deteriorados y no se ajustan a sus necesidades y medidas morfológicas, por lo tanto, es necesario tener acceso sin ninguna dificultad o trámite administrativo especial a las consultas periódicas con medicina especializada

- Pone de presente que la prótesis que tiene le queda grande, está dañada y dificulta de manera significativa su desplazamiento. Manifiesta que la silla de ruedas es básica y le genera escaras, costras y heridas en la piel por no contar con un cojín antiescaras.
- Indica que con ocasión a los múltiples procedimientos quirúrgicos y a los diagnósticos expuestos especialmente el de "MIELOMENINGOCELE" no puede controlar esfínteres y tiene limitación en la capacidad para controlar la eliminación de orina, por lo cual debe realizarse cateterismos o sondeos.
- Refiere que ante la falta de suministro de los insumos a tiempo como las zonas netalon 12FR#630, cajas de gases, guantes, equipo de macrogoteo, ssn al 0.9%, le ha traído infecciones en la vejiga y los riñones, por ello es necesario una cita periódica ante urología.
- Manifiesta que siendo una paciente con varios diagnósticos su estado de salud es cambiante y se ha afectado su alimentación, desempeño social, educación, desempeño laboral, y muchos más, en síntesis, refiere que debe ser atendida por centros médicos y/o IPS de cuarto nivel que estén adscritas a la EPS.
- La accionante reseña que la accionada no debe generar traumatismos, como lo ha venido haciendo, tanto en las autorizaciones médicas como en los procedimientos administrativos; pues refiere ser una paciente con condiciones especiales y tales situaciones le han producido causas como deterioro de la salud, vencimiento de fórmulas etc.
- No puede ejercer ninguna labor por sí misma y requiere siempre el apoyo de alguien más. Aunado a que es una persona de bajos recursos económicos y que depende económicamente de su familia, pues en ocasiones le ha sido imposible sufragar los copagos o cuotas moderadoras generadas.
- Arguye la peticionaria que con ocasión a la pandemia generada por el COVID-19 estuvo sometida a filas para poder ser atendida, sin recibir algún tipo de atención integral y/o preferencial.
- Manifiesta que la atención en la NUEVA EPS es requerida de manera integral, incluyendo transporte pues la accionante debe asistir cada 3 meses a autorizar, reclamar medicamentos y a cita meditas.
- Finalmente pone de presente que ante la necesidad ha tenido que acudir a redes sociales para solicitar ayuda a las personas, con el fin de solventar gastos para insumos médicos o que no se encuentran cubiertos por el POS.

### ACTUACIÓN PROCESAL Y CONTESTACIONES

Mediante auto del 11 de marzo de 2021 se dispuso la admisión de la presente acción de tutela, ordenando la notificación a la **NUEVA EPS** y a las vinculadas VIVA 1A IPS, HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO, al INSTITUTO DE ORTOPEdia INFANTIL-ROOSEVELT, al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, a la CLINICA NUEVA EL LAGO S.A.S y al CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACION DE COLOMBIA-CIREC, con el fin que ejercieran su derecho a la defensa frente a las manifestaciones dadas por la peticionaria.

De manera posterior y una vez revisado más a fondo el libelo de tutela, se dispuso mediante auto del 16 de marzo de 2021 la vinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, a fin de que se pronunciara sobre los hechos de la presente acción.

La **NUEVA EPS**, por conducto del Dr. Andrés Felipe Castro Galvis en su calidad de apoderado especial rindió informe indicando que en el caso que hoy nos ocupa se han asumidos todos los servicios médicos que ha requerido la peticionaria, claro está haciendo la salvedad que siempre y cuando los mismos se encuentren dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que el Sistema General de Seguridad Social ha impartido para el efecto.

Refieren en su escrito defensor que las citas, tratamientos y procedimientos médicos requieren de manera previa valoraciones medicas de los médicos tratantes y son ellos quienes pueden determinar la necesidad del servicio, por lo cual sería inviable amparar la prestación de servicios cuando no se tiene la prescripción médica.

Frente a que se llegare a demostrar la necesidad de la extrema necesidad de la prestación de un servicio el juez constitucional debe ordenar que haya una valoración del médico tratante para así proceder de conformidad con los presupuestos legales que la ley prevé.

Reseña que respecto la vigencia de autorizaciones los plazos allí plasmados propenden por un equilibrio, bajo el entendido de que se permite que no se abuse del sistema cuando el usuario afiliado ya no requiera el respectivo servicio.

Ahora bien, en lo que hace al insumo de pañales requerido, afirman que el mismo no se encuentra contemplado como un servicio que este financiado por la UPC (Resolución 2481 de 2020) y se encuentra excluido, pues es un insumo de aseo y señala que por el contrario tal carga recae sobre la familia de la paciente, en consonancia con el principio de solidaridad.

En lo que hace a los servicios que se encuentran excluidos en el POS, exactamente: *“silla de ruedas, cojín antiescaras, sondas, gasas, guantes, pañales viáticos, están excluidos expresamente por la Resolución 244 de 2019 en concordancia con la Resolución 2481 de 2020”*; los mismos no son parte de un tratamiento médico y por ende no están llamados a prosperar.

Respecto la política de medicamentos, suplementos e insumos médicos, arguyen que hay requisitos para la entrega de medicamentos y que deben cumplir de lleno con lo prescrito en los preceptos legales que la normatividad requiera.

De conformidad con lo solicitado en cuanto a que se brinde una silla de ruedas, la misma se encuentra excluida del PBS y en atención a ello no se acreditan los requisitos para acceder a los servicios NO PBS solicitados, pues los *“los afiliados deben contribuir solidariamente con su sostenimiento cuando tienen capacidad de pago, en ese sentido, se crean deberes y derechos en doble sentido.”*

A renglón seguido, en lo que hace al transporte con cargo a la UPC y exclusión del transporte direccionaron tal punto al área técnica respectiva, sin embargo, lo solicitado no cumple con los requisitos que reza la norma.

Del servicio de ambulancia, en razón a que la accionante no se encuentra cubierta por el SGSSS, la pretensión debe ser negada.

De cara a la pretensión de gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el accionante y un acompañante, tal servicio está excluido del plan de beneficios y en ese sentido se debe negar. Ahora bien, refieren que en el caso de que se acceda, se deben atender los criterios determinantes que permitan infundir que la accionante efectivamente no tiene capacidad económica para asumir el pago de servicios.

Para el financiamiento de transporte ambulatorio, indican que no es un servicio que se encuentre financiado a cargo de la UPC y que la EPS no puede proporcionarla a sus afiliados.

En lo que hace al servicio de enfermería, afirma que el mismo debe ser autorizado por el médico tratante y que el servicio a prestar según la jurisprudencia emitida por la alta corte es el de auxiliar de enfermería según la necesidad del paciente y de conformidad con criterios específicos que refiere la accionada en su escrito de contestación como lo son comer, bañarse, vestirse, arreglarse, disposición, micción entre otros.

En cuanto a la pretensión de tratamiento integral difieren con la accionante, pues reseñan que la peticionaria cuenta con los servicios de urgencias o a través de la IPS primaria que tenga asignada para acudir a lo que bien necesite. Lo anterior con ocasión a que, según lo manifestado, el fallo no puede ir a prevenir hechos futuros. Siendo, así las cosas, solicitan denegar la presente acción de tutela.

Por otro lado, **VIVA 1A IPS**, señala que en lo que a ellos reza, no se ha vulnerado derecho fundamental alguno y que los servicios solicitados por la paciente son responsabilidad exclusiva de la **NUEVA EPS**. Para mayor información aportan la historia clínica de la peticionaria.

El **HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL**, manifiesta que hay una falta de legitimación en la causa por pasiva en atención a que la vulneración que alega la accionante no endilga responsabilidad al hospital y en consecuencia solicitan la desvinculación del presente trámite tutelar.

Por su parte, el **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL-ROOSEVELT**, en su escrito indicó que en la base de datos la última atención a la paciente registra de data 18 de marzo de 2018 y que los servicios por ella requeridos se han atendido conforme lo ha requerido. En ese sentido solicitan la desvinculación de la presente acción.

El **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA-CIREC**, señala que en la actualidad no se tiene ningún proceso abierto en la institución referente a la promotora de la acción.

Ahora bien, el **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO**, informo a este Despacho que no es responsable de las autorizaciones, suministro de medicamentos o insumos, pues cuando así lo ha requerido la peticionaria se le han cumplido con las respectivas entregas.

En lo que hace al **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES**, en su escrito de contestación señalo que es la EPS quien tiene la obligación de garantizar que la prestación del servicio sea continua y oportuna y además refieren *"en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC"*.

Reseñan que en cuanto a la facultad de recobro que puede ejercer la EPS, es una pretensión antijurídica, pues con ocasión a las Resoluciones 205 y 206 del año 2020 se fijaron los presupuestos para que las Entidades Prestadoras de Salud garanticen la atención integral de los afiliados. Así las cosas, solicitan negar el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con el ADRES y en lo que respecta a la facultad de recobro

Finalmente, la **CLINICA NUEVA EL LAGO S.A.S**, guardo silencio.

### CONSIDERACIONES

La Constitución Política de Colombia en el artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo sui generis para que todo ciudadano acuda cuando detecte que se le han vulnerado derechos constitucionales fundamentales o que estos estén siendo amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o por particulares en los casos determinados por la ley. Se trata entonces de un procedimiento preferente, sumario, específico y directo que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, pero excepcionalmente se autorizará como mecanismo transitorio si existe de por medio un perjuicio irremediable.

Así pues, acudió a la acción de amparo constitucional la señora **ANGELA DAYANA BAUTISTA AMADO**, por considerar que la **NUEVA EPS** le está vulnerando los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, la igualdad y la vida en condiciones dignas con ocasión a que la encartada no ha prestado los servicios médicos en forma integral pese a que se requieren con urgencia y de manera continua, pues indica ser una paciente con varios diagnósticos.

Como prueba de lo anterior aporta fotocopia de la cédula de ciudadanía, historia clínica, facturas y recibos de caja efectuados por concepto de copagos, formulas médicas y documento dirigido a la Defensoría del Pueblo.

De manera posterior y dada comunicación efectuada por el Despacho con la peticionaria al abonado telefónico 310-8662589, la parte activa aportó el 16 de marzo de 2021 al correo

institucional, ordenes medicas que aduce son las vencidas y respecto de las cuales la llamada a juicio no ha dado cumplimiento. Refiere que están vencidas pero que el vencimiento obedece a los múltiples trámites administrativos que le imponen, pese a ser una persona con múltiples dolencias de salud.

Al punto, precisa el Despacho que, la acción de tutela no es un mecanismo principal sino subsidiario y procede cuando no se cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, para la protección de los derechos o cuando se está frente a una circunstancia, que haga visible su reconocimiento de manera transitoria, para evitar un perjuicio irremediable, de tal manera, que la tutela no es un mecanismo discrecional, sino que la misma ley ha previsto las circunstancias bajo las cuales procede<sup>1</sup>.

Así las cosas, planteadas las posiciones de las partes, en consideración del Despacho, inicialmente se hace imperativo el análisis riguroso del requisito de subsidiariedad necesario por regla general para viabilizar el amparo constitucional. Este presupuesto hace referencia al carácter residual de la acción de amparo constitucional, que la hace viable solo cuando a favor del solicitante no exista otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, o cuando existiendo, se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, debiendo éste aparecer acreditado y por contera despuntar, sin mayor dificultad, la urgencia y necesidad de adoptar medidas para conjurar la situación de vulneración alegada.

En relación con el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

En cuanto al segundo supuesto, la Corte Constitucional ha establecido que cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Tal perjuicio se caracteriza: *“por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”*<sup>2</sup>

Así las cosas, hecha la precisión que antecede, se han previsto por vía jurisprudencial algunas excepciones, atendiendo a las especiales circunstancias del caso concreto, en las cuales es viable que el juez de tutela ampare los derechos fundamentales, no obstante, la existencia de otros mecanismos a favor del accionante, por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-036 de 2017, recordó la línea jurisprudencial en torno a la **procedencia de la acción de tutela**, cuando se protegen derechos en torno a la salud así:

*“Para asegurar la accesibilidad al mecanismo jurisdiccional, la norma dispuso, entre otros, (i) la posibilidad de ejercer la acción sin formalidad ni autenticación, (ii) la posibilidad de actuar directamente, es decir, sin necesidad de actuar a través de apoderado, (iii) un término supremamente corto para el fallo, de 10 días, (iv) la prevalencia de la informalidad en el procedimiento. Tanto el mecanismo, como los requisitos de procedibilidad han sido entendidos por la Corte “dados los derechos involucrados en este tipo de controversias, la Ley 1437 de 2011 revistió de mayor celeridad e informalidad al trámite en aras de una protección eficaz de los derechos de los usuarios”*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Decreto 2591 de 1991. Artículo 6°.

<sup>2</sup> Sentencia T-098 de 2016.

<sup>3</sup> Ver, sentencia T-603/2015. Al respecto, estableció la Corte que: *“(…) En armonía con lo expuesto, en esta oportunidad se reitera el criterio de la Corte sobre la prevalencia de la vía judicial que se adelanta ante la Superintendencia de Salud expuesto en la sentencia C-119 de 2008, en atención a: i) los principios que irradian el trámite: celeridad, eficacia, economía y prevalencia del derecho sustancial; ii) la sencillez del proceso, que exige una petición que cuente con unas indicaciones mínimas respecto a la identidad del accionante y la afectación del derecho, de acuerdo con las competencias que se le asignaron a la referida superintendencia; iii) las vías a través de las que se ejerce la acción: por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito; iv) la especialidad de los jueces, v) la celeridad del trámite y vi) la promoción y difusión del mecanismo como vía principal de solución de los conflictos suscitados en torno a la prestación del servicio de*

(...)

*A partir las anteriores bases normativas, la jurisprudencia en las mencionadas sentencias ha establecido con claridad que el mecanismo principal para exigir prestaciones a cargo de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud es aquel regulado por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. No obstante, en consideración de la naturaleza residual y subsidiaria que caracteriza la acción de tutela (art. 86 Superior), precisó: “(...) Con todo, la existencia de una vía ordinaria principal, en este caso la acción ante la Superintendencia de Salud, no descarta de forma absoluta la acción de tutela, pues ésta, como se estableció desde su previsión en la Carta Política, procede directamente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el instrumento ordinario, en concreto, no resulte idóneo para la protección y restablecimiento de derechos constitucionales fundamentales amenazados o afectados”<sup>4</sup>.*

*Conforme con lo anterior, si bien es cierto que existe un mecanismo judicial, principal, ordinario, informal y sumario que se ejerce ante la Superintendencia de Salud para la efectiva protección del derecho a la salud, también lo es que, procede excepcionalmente la acción de tutela para garantizar la salvaguarda de dicho derecho, cuando a partir del análisis de las circunstancias del caso concreto, el juez de tutela considere que debe proceder para evitar un perjuicio irremediable. En ese evento, prima facie, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio hasta tanto el actor acuda a la jurisdicción ordinaria y en ella se resuelva el problema planteado. Sin embargo, excepcionalmente, será posible que se conceda la protección definitiva del derecho vulnerado, cuando, entre otros factores, las circunstancias del caso concreto y el sentido de la orden de amparo lo justifiquen.”*

Habida cuenta del caso objeto de estudio dilucida esta operadora judicial que de las documentales aportadas al interior del plenario la accionante se encuentra afiliada a la **NUEVA EPS** en el régimen contributivo, en la actualidad cuenta con 23 años de edad, es una persona con discapacidad física, en atención a la ausencia de su miembro inferior derecho y a lo largo ha sido diagnosticada con diferentes patologías, como lo son: **MIELOMENINGOCELE, HIDROCEFALIA, MENINGITIS, PERITONITIS, OSTEOMIELITIS CRÓNICA y VEJIGA NEUROGENICA (SECUELA DE MIELOMENINGOCELE), SÍNDROME DE ARNOLD-CHIARI** y se le han practicado procedimientos como **CORRECCIÓN MIELOMENINGOCELE, SERVICACIÓN VÁLVULA VENTRICULOPERITONEAL, IMPLANTACIÓN VÁLVULA DE HAWKINS, 2 OSTOMIAS: COLON/VEJIGA TÉCNICA DE MALONES, LAPAROTOMIA, RETIRO DE VÁLVULA HAWKINS, CORRECCIÓN DE PIE EQUINO VARO BILATERAL, AMIGDALECTOMIA, ADENOIDECTOMIA, TONSILECTOMIA, COLOSTOMIA, COLGAJOS DE PIEL EN PIE IZQUIERDO Y DERECHO, MÚLTIPLES LAVADOS QUIRÚRGICOS EN PIE DERECHO, AMPUTACIÓN TRANTIBIAL DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO Y EXTRACCIÓN DE CÁLCULO EN VEJIGA POR CISTOTOMIA**

En ese sentido si bien es cierto, se puede observar que la **NUEVA EPS** ha prestado los procedimientos y citas que aquejan a la peticionaria, sin embargo, también lo es que no se encuentra acreditado al interior del plenario que ya se hizo lo propio, específicamente con las entregas de las ordenes **SOLUCIÓN SALINA BALANCEADA FCO 500 ML-CANTIDAD 30, GUANTES EXAMEN TALLA M (UNIDAD)-CANTIDAD 30, EQUIPO DE MACROGOTEO SIN AGUJA VENOCCLISIS (UNIDAD)-CANTIDAD 30, SONDA NELATON NO. 12 (UNIDAD) CANTIDAD 210 y GASA ESTERIL ANTIADHERENTE NO TEJIDA 4 PULGADAS X 4 PULGADAS (10CM X 10CM) UNIDAD- CANTIDAD 180.** Siendo entonces palpable que es deber de este estrado ordenar el suministro de las mismas, de acuerdo con las cantidades prescritas por el médico tratante.

Ahora bien, de lo evidenciado y dado lo manifestado vía telefónica por la accionante, en cuanto a que las ordenes están vencidas con ocasión a las múltiples “*trabas*” que antepone la **NUEVA EPS**, resulta pertinente señalar que el máximo Tribunal Constitucional<sup>5</sup> ha sido renuente en señalar que:

*“Al respecto en sentencia T-125 de 2005 se dijo:*

---

*salud. Dichos elementos, en conjunto, develan un mecanismo ordinario, adecuado y eficaz para la protección del derecho a la salud y de las demás prerrogativas que puedan resultar afectadas en el marco de la prestación de los servicios de salud”.*

<sup>4</sup> *Ibidem.*

<sup>5</sup> Sentencia T 1014-2005

*Precisamente, la atención en salud es una tarea programática de carácter social a cargo del Estado y de los asociados, quienes tienen la misión constitucional de establecer un sistema de seguridad y atención integral que permita a todos los ciudadanos acceder a los servicios de salud, por lo que las entidades promotoras e instituciones de salud no pueden demorar la definición de la práctica de procedimientos médicos o anteponer problemas administrativos, contractuales, económicos, o disposiciones de carácter legal para negar alguno de aquellos, "(...) pues con ello se estaría quebrantando el ordenamiento legal y constitucional vigente que tiene pleno efecto vinculante sobre estas entidades de orden público o privado"<sup>16</sup>, a las que se les exige brindar efectivamente la atención, en aras de garantizar la prestación integral del servicio de salud, en los términos del artículo 49 de la Constitución Política".*

En ese orden de ideas es claro que los medicamentos requeridos fueron ordenados por el galeno tratante y no son producto de un querer infundado o de un capricho por parte de la accionante, es decir si se ordenaron obedecieron directamente a la necesidad y urgencia de llevar una mejor calidad de vida y para tratar las dolencias de salud.

En este punto es menester traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la salud, al cual hizo referencia en la Sentencia T-098/16, indicando que este se encuentra consagrado en el artículo 49 de la constitución y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.

Además, en cuanto al derecho a la salud, indicando la procedencia y el ámbito de aplicación al derecho ya mencionado, la alta corte ha indicado en sentencia T-171 de 2018:

#### ***"Naturaleza jurídica y protección constitucional del derecho a la salud"***

*La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurado el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución.*

#### ***3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo***

*3.1.1. La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).*

*3.1.2. Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación se hará una breve reseña de los pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.*

#### ***Derecho fundamental por conexidad***

*3.1.3. Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su "conexidad" con el derecho fundamental a la vida.*

3.1.4. Es decir, según el criterio de “conexidad”, bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales.

*Dignidad humana como base de los derechos fundamentales*

3.1.5. Más adelante, en la sentencia T-227 de 2003, la Corte Constitucional en un esfuerzo por sistematizar su postura en torno a la definición de derechos fundamentales, señaló:

*“Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”.*

3.1.6. La Corte sostuvo en este pronunciamiento que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto, la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Por ello, los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales.

3.1.7. Esta postura marcó un nuevo avance en la concepción de la salud, pues determinó que el elemento central que le da sentido al uso de la expresión derechos fundamentales es el concepto de dignidad humana, el cual está íntimamente ligado al concepto de salud.

*La salud como derecho fundamental autónomo*

3.1.8. La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la “conexidad” como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:

*“Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental”.*

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”.

3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud

*que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.*

3.1.12. *Hechas las anteriores consideraciones, es importante hacer una breve referencia a los instrumentos internacionales que han sustentado y guiado el desarrollo del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.*

(...)"

Así las cosas, por ser Colombia un país que se rige por los principios democráticos de un estado social de derecho obligado constitucionalmente a proteger la vida y la dignidad de sus ciudadanos, y en mayor medida tratándose de una persona con graves afectaciones en su salud y peor aun siendo una persona con una discapacidad física<sup>6</sup>, se encuentra protegida de manera especial por la constitución se hace inconcebible que tenga que pasar por estas tribulaciones y vicisitudes en desmedro precisamente de dos valores de altísimo carácter ético y jurídico como lo son la vida y la dignidad humana, haciéndose palpable a juicio del Despacho, la configuración de las circunstancias que dan lugar al perjuicio irremediable.

De otra parte, debe recordarse el contenido del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, según el cual el Gobierno Nacional tenía dos años a partir del 16 de febrero de 2015, fecha de expedición de la norma para garantizar: *"...el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas"*

Según sentencia T-014 de 2017 señaló:

*"6. Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia*

*En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón, se deben orientar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.*

*Al respecto, en Sentencia T-617 de 2000, esta Corporación manifestó:*

*"En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, no solo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución política, se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas" (Negrilla por fuera del texto).*

*De la misma manera, este tribunal constitucional mediante Sentencia T-224 de 1997, reiteró que: "el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anomalías en la salud, aun cuando no tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad" (Negrilla por fuera del texto).*

*Lo anterior, obedece a que la enfermedad no solo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar las habilidades funcionales, mentales y sociales del paciente.*

*De esa manera, en aquellos casos en los que científicamente no se pueda obtener la recuperación del estado de salud del paciente por el complejo cuadro clínico que presenta, se debe propugnar, por todos los medios, a garantizar el nivel de vida más óptimo a través de la totalidad de los elementos y tratamientos que se encuentren disponibles, pues con ocasión de sus enfermedades son fácilmente expuestos a afrontar situaciones que atentan contra su dignidad humana, los cuales, aunque no persigan el completo y eficaz restablecimiento del paciente, sí resultan paliativos para sus difíciles condiciones, pues por medio de ellos se les brinda una calidad de vida con un mínimo de dignidad.*

*En ese sentido, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, estableció que los servicios*

<sup>6</sup> Sentencia T-257 de 2008 "...30. Las personas en condición de discapacidad física tienen iguales obligaciones que el resto de la comunidad; sin embargo, **gozan de una especial protección constitucional** por cuanto requieren un apoyo especial para lograr el goce efectivo de sus derechos por parte del Estado y sus ciudadanos, debiendo propender por políticas públicas que aseguren la eliminación de barreras de todo tipo que les impida desarrollar su vida en completa normalidad."

*y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. Así, en caso de existir duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.*

*Conforme a lo expuesto, resulta claro que se deben suministrar todos los implementos, accesorios, servicios, insumos y tratamientos que requiera el paciente, cuando por su insolvencia económica no pueda asumir su costo y con su falta, se vea expuesto a afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana. Una actuación contraria desconoce los postulados constitucionales y los pronunciamientos de esta Corte en los que se ha indicado que no se debe prestar un servicio que permita la mera existencia de la persona, sino que, además, le asegure unas condiciones de dignidad a pesar de sus irreversibles padecimientos.*

Ahora bien, en lo que hace al tratamiento integral y con ocasión a su condición respecto de ser un sujeto de especial protección como se ha dicho en líneas atrás, resulta pertinente traer a colación la sentencia T-574 de 2010 que prevé:

*"...en la Sentencia T-197 de 2003, en cuanto al tema de la salud y la necesidad de su protección respecto a este tipo de sujetos, se indicó: "(...) es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre 1 Sentencia T -288 de 1995. Expediente T-2595991 8 la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales." Una conclusión acertada acerca del tema objeto de la presente exposición se encuentra en la sentencia T-818 de 20082 : "En síntesis, las circunstancias de vulnerabilidad e indefensión en las cuales desarrollan su vida las personas afectadas con algún tipo de discapacidad, son reconocidas por la Constitución Política y por la jurisprudencia de esta Corporación, la cual ha establecido como deber de todas las personas que participan del Sistema de Seguridad Social en Salud, el deber de proteger especialmente a aquellos que por su condición física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta."*

Es de acotar que la accionante es una persona que a lo largo de su vida ha estado sometida a múltiples dolencias como causa de su diagnóstico principal, esto es MENINGOMELIOCELE, dolencia que ha traído consigo complicaciones con importantes implicaciones como la discapacidad física, disfunción de esfínteres, malformaciones entre otras de lo que se puede apreciar al interior del dosier y es mas que evidente para esta operadora judicial la necesidad del tratamiento integral solicitado, dado el estado de salud y los padecimientos que acarrear su diagnóstico. Se precisa que no se considera que la orden de tratamiento integral sea general, o incierta pues se conoce perfectamente la patología que se trata, resaltando que lo que se busca al momento de conceder la integralidad del tratamiento en torno a la patología "MENINGOMELIOCELE y VEJIGA NEUROGÉNICA" es que se garanticen a la paciente los tratamientos y procedimientos paliativos que mejoraran su salud y su calidad de vida.

Lo anterior bajo lo referido en sentencia T-399 de 2017, que si bien respecto al caso que nos ocupa no es un menor de edad, refiere la misma patología que aqueja a la promotora de la acción y es un caso a decir verdad similar, y la misma reseña:

*"Bajo este entendido, y en relación con el caso ahora estudiado, resulta pertinente precisar los criterios utilizados por la jurisprudencia constitucional para el suministro de medicamentos, insumos o servicios que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.*

*En principio, el derecho fundamental a la salud es exigible por vía de tutela solamente respecto de los contenidos del Plan de Beneficios. Sin embargo, dicha regla no es absoluta, pues esta Corporación ha señalado que en ciertos eventos se pueden amparar prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios, con el fin de atender los mandatos de orden constitucional, por lo que "el juez Constitucional [al] examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos"<sup>[14]</sup>.*

En este sentido, ha sido reiterativa la jurisprudencia en considerar que se vulnera el derecho fundamental a la salud cuando se niega al paciente un medicamento excluido del POS, en los siguientes eventos:

“(i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado (ii) que se trata de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente (iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).[;] (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante”<sup>[15]</sup>

Ahora, tratándose de la prestación del servicio de salud requerida por menores de edad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños.<sup>[16]</sup>

Así, esta Corporación ha sostenido que cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual.<sup>[17]</sup> En este sentido, ha señalado que “En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud”.<sup>[18]</sup> (Subrayado fuera del texto original)

En relación con el suministro de medicamentos que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, la Sentencia T-681 de 2012<sup>[19]</sup> manifestó que: “[Dado] que la salud y particularmente la de niños, niñas y adolescentes ha sido reconocida como derecho fundamental, siendo manifiesto el deber de protección especial cuando padecen de alguna situación de discapacidad, por virtud de los artículos 13, 44 y 47 de la carta, es posible reafirmar que el estudio que el juez de tutela efectúe sobre la viabilidad jurídica del otorgamiento de un tratamiento integral y/o especializado no incluido en el POS, encaminado a lograr la recuperación del niño en sus condiciones de salud, resultará mucho menos estricto respecto del que se haría en caso de tratarse de un sujeto de derecho de otras condiciones.” (Subrayado fuera del texto original)

De otra parte, en relación con la prestación de servicios médicos y la práctica de procedimientos excluidos del POS-S, la Corte Constitucional en Sentencia T-178 de 2017, recordó la obligación que pesa sobre las EPS de la prestación integral de los servicios de salud sus afiliados y el deber de proveer todos los tratamientos ordenados por el médico tratante.

Sobre este respecto señaló:

**“8. Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia**

**8.1.** El alcance del derecho fundamental a la salud impone a las entidades prestadoras de salud y al Estado -como titular de su administración- la necesidad de que la atención médica brindada a los usuarios tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las patologías que les aquejan y sus correspondientes efectos, no sea una idealización carente de materialidad, ni una mera dispensación protocolaria tendiente a mantener la dinámica empresarial y mercantilista que, por errada usanza, ha matizado nuestro sistema de salud.

En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos.

No obstante, para este último evento, es decir, cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas reiteradamente por la Corte:

- (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.

En la sentencia C-313 de 2014 (Revisión previa de constitucionalidad del proyecto de ley Estatutaria de Salud), la Corte explicó que “estas reglas son las que han orientado las decisiones adoptadas en diversas ocasiones, en las cuales se han requerido prestaciones que fueron negadas por quien debe suministrarlas, so pretexto de su propósito suntuario o estético. La corporación ha inaplicado las disposiciones del caso y ordenado la prestación correspondiente cuando ha encontrado satisfechas las premisas establecidas por la jurisprudencia”.

En este punto, considera el Despacho oportuno traer a colación lo señalado por la H. Corte Constitucional en materia de exención de copagos y cuotas moderadoras a quienes padecen de enfermedades huérfanas, como se trata en el presente asunto de conformidad con la Resolución 2048 del 9 de junio de 2015. A este respecto, en Sentencia T-402 de 2018, señaló:

#### **“5.2. Exoneración de copagos para personas con enfermedades catastróficas o huérfanas**

De conformidad con el anterior acápite, está claro que las enfermedades catastróficas o de alto costo constituyen una excepción a la aplicación del sistema de copagos. En este orden, se tiene que la Resolución 3974 de 2009 del Ministerio de la Protección Social establece una lista de las enfermedades consideradas como de alto costo, de la siguiente forma:

“Artículo 1°. Enfermedades de Alto Costo. Para los efectos del artículo 1° del Decreto 2699 de 2007, sin perjuicio de lo establecido en la Resolución 2565 de 2007, téngase como enfermedades de alto costo, las siguientes: a) Cáncer de cérvix, b) Cáncer de mama, c) Cáncer de estómago, d) Cáncer de colon y recto, e) Cáncer de próstata, f) Leucemia linfoide aguda, g) Leucemia mieloide aguda, h) Linfoma hodgkin, i) Linfoma no hodgkin, j) Epilepsia, k) Artritis reumatoidea, l) Infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)” (subrayado fuera del texto original).

A su vez, el Acuerdo 029 de 2011 y las Resoluciones del Ministerio de Protección Social 5521 de 2013 y 6408 de 2016, aunque no incluyen una definición o un criterio determinante para establecer las enfermedades de alto costo, sí presentan un listado referente a los procedimientos, eventos o servicios considerados como tales. El artículo 129 de la Resolución 6408 de 2016 prevé:

(...)

Conviene subrayar sobre las Resoluciones citadas, que la número 3974 de 2009 reconoce una serie de enfermedades de alto costo. Por otro lado, el Acuerdo 029 de 2011, la Resolución 5521 de 2013 y la Resolución 6408 de 2016, establecen un listado de eventos o servicios de alto costo, por lo que enumeran ciertos procedimientos considerados como tales. De este modo, no es posible afirmar que la Resolución 6408 de 2016 modifica o deroga lo contemplado en la Resolución 3974 de 2009, toda vez que hacen referencia a categorías distintas, a saber, enfermedad y evento o servicio médico.

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 establece como deberes en cabeza del Gobierno Nacional, de un lado, (i) realizar la actualización del POS, “una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios”; y de otro lado, (ii) la evaluación integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud cada cuatro (4) años, con base en indicadores como “la incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y en general las precursoras de eventos de alto costo”, con la finalidad de complementarlas.

De este modo, esta Corporación ha resaltado que la definición y alcance de las enfermedades de alto costo no es un asunto completamente resuelto dentro de la normatividad nacional, en la medida en que si bien existe reglamentación que hace referencia a algunas de estas enfermedades, dicha enumeración no puede considerarse taxativa y cerrada en atención a que su clasificación se encuentra supeditada a la vocación de actualización del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

*Así, la Corte en la sentencia T-399 de 2017 precisó que “las enfermedades huérfanas también se consideran enfermedades de alto costo y, en ese orden, se encuentran incluidas en la cuenta encargada de administrar los recursos de las enfermedades catalogadas como de Alto Costo”. Sobre el particular, esta providencia se refirió al artículo 4 del Decreto 1954 de 2012 “[p]or el cual se dictan disposiciones para implementar el sistema de información de pacientes con enfermedades huérfanas”, el cual estableció un reporte inicial de los datos del censo de pacientes con enfermedades huérfanas a la Cuenta de Alto Costo.*

*La referida Cuenta fue creada mediante el Decreto 2699 de 2007, como el organismo encargado de administrar financieramente los recursos que las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC), destinen para el cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas. En este orden, la Corte concluyó que de la inclusión de las enfermedades huérfanas a la mencionada Cuenta, se infiere su reconocimiento en el marco legal vigente, como enfermedades de alto costo.*

*En conclusión, la Corte afirmó que conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Acuerdo 260 de 2004, por regla general, toda persona que padezca una enfermedad calificada como de alto costo, en las que se incluyen las enfermedades denominadas huérfanas, adquiere el estatus de sujeto de especial protección constitucional y se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado”. (Negrilla del Despacho).*

De esta manera, en los términos de la jurisprudencia recién citada, es evidente que por la patología que presenta la peticionaria, así como los diagnósticos que aparecen en el resumen de su historia clínica, y la incapacidad económica de su núcleo familiar para atender los gastos que genera el tratamiento de sus padecimientos, se hace necesaria la intervención del Juez constitucional a efecto de enervar la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante. En este punto es preciso indicar que si bien es cierto el diagnóstico MIELOMENINGOCELE no se encuentra explícito dentro de las enfermedades catastróficas, también lo es que este es un tipo grave de Espina Bífida y en ese tenor hace parte de la lista que refiere la Resolución 2048 de 2015, designada con el número 1154, por lo tanto, es catalogada como una enfermedad de alto costo.

Ahora bien, de lo referido respecto el transporte y de conformidad con la jurisprudencia<sup>7</sup> citada in extenso líneas atrás, y se precisa dada la similitud del caso, resulta de suma importancia transcribir lo allí referido para el efecto.

(...)

*En estos eventos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que le corresponde al juez de tutela analizar en cada caso concreto el cumplimiento de dos requisitos, a saber: “(...) 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”<sup>[44]</sup>.*

*En lo que respecta a la capacidad económica del afiliado, esta Corporación ha indicado que cuando éste afirma que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, lo cual puede ser comprobado por cualquier medio, se invierte la carga de la prueba y por tanto, le corresponde a la EPS entrar a desvirtuar tal situación.<sup>[45]</sup>*

*Además, hay casos en los que el paciente necesita de alguien que lo acompañe a recibir el servicio, como es el caso de las personas de avanzada edad, de los niños y niñas, o que el tratamiento requerido causa un gran impacto en la condición de salud de la persona. En estos eventos, si se comprueba que “el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”,<sup>[46]</sup> la obligación de cubrir el servicio por parte de la EPS, también comprende la financiación del traslado de un acompañante.<sup>[47]</sup>*

(...)

*Así, en virtud de lo previsto en el artículo 7º del Acuerdo 260 de 2004, los pacientes que presenten una enfermedad catastrófica o de alto costo están exentos tanto de copagos como de la cancelación*

<sup>7</sup> Sentencia T-399 de 2017

de cuotas moderadoras durante su tratamiento. Adicionalmente, de la historia clínica se desprende que el menor padece de unas patologías específicas (vejiga neuropática, talipes equinovarus, y cadera luxada)<sup>[50]</sup>, las cuales requieren seguir un plan rutinario de actividades de control, motivo por el cual también opera la excepción contemplada en el párrafo 2º del artículo 6º del Acuerdo 260 de 2004, que indica lo siguiente:

*“Si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios”.*

(...)

*No obstante, según lo visto en párrafos anteriores, no es de recibo interponer obstáculos que impidan el acceso a los servicios de salud y, por consiguiente, la materialización de este derecho fundamental. Por lo tanto, a una persona que no cuente con los recursos económicos para sufragar dicho traslado se le debe autorizar la prestación, independientemente de que se adecúe a los casos planteados por el POS, siendo la EPS la llamada a correr con los gastos derivados, tanto del paciente y, de requerirlo, de su acompañante, si el médico tratante así lo prescribe o el juez de tutela evidencia su necesidad.*

Y para abundar en razones en lo referente a la carga de la prueba de la incapacidad económica, considera el Despacho pertinente hacer alusión a un pronunciamiento de la Corte Constitucional plasmado en Sentencia T- 056 de 2015 en el cual hizo referencia al tema, ante la controversia que se presenta en este punto entre usuarios y entidades promotoras de salud, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“Aunque incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue, ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba y debe la entidad demandada demostrar lo contrario.”* (Negrilla y subrayado del Despacho).

Precisando entonces que según lo probado y lo afirmado por la parte activa, la misma indicó que tuvo que “acudir a redes sociales para solicitar ayuda a las personas, con el fin de solventar gastos para insumos médicos o que no se encuentran cubiertos por el POS”, y bajo ese precepto esta operadora acoge lo esgrimido por la Corte en cuanto a que se aplica el principio de buena fe en lo que hace a la incapacidad económica que tiene y la de su núcleo familiar.

En los términos anteriores tal como se ha venido anunciando, se dispondrá el amparo de los derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas de **ANGELA DAYANA BAUTISTA AMADO** ordenando a la **NUEVA EPS.**, que en el término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de éste proveído registre o marque en el sistema a la accionante, como exceptuada de la cancelación de copagos y cuotas moderadoras y en igual sentido garantice que las IPS adscritas a su red de prestadoras de servicios médicos, así como las empresas por medio de las cuales proporciona todos y cada uno de los servicios ordenados en su favor, se abstengan de efectuar cobros por concepto de copagos y cuotas moderadoras.

En igual sentido se ordena a la **NUEVA EPS** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, a través de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, **SUMINISTRE** a la señora **ANGELA DAYANA BAUTISTA AMADO** la **SOLUCIÓN SALINA BALANCEADA FCO 500 ML-CANTIDAD 30, GUANTES EXAMEN TALLA M (UNIDAD)-CANTIDAD 30, EQUIPO DE MACROGOTEO SIN AGUJA VENOCLISIS (UNIDAD)-CANTIDAD 30, SONDA NELATON NO. 12 (UNIDAD) CANTIDAD 210 y GASA ESTERIL ANTIADHERENTE NO TEJIDA 4 PULGADAS X 4 PULGADAS (10CM X 10CM) UNIDAD- CANTIDAD 180**, en la cantidad formulada por el médico tratante, de conformidad con las pre-autorizaciones de números POS 11775-0746-165327657, 162785267, 165330691 y 162785268

Del mismo modo se ordena a la **NUEVA EPS** que a través de su representante legal, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, se programe cita a la accionante con medicina interna a fin de determinar si hay lugar o no a remitir a la misma a las diferentes especialidades, y en ese sentido frente a tal disposición que la encartada **AUTORICE, SUMINISTRE y GARANTICE** la prestación continua de los servicios y procedimientos médicos requeridos por la señora **ANGELA DAYANA**

**BAUTISTA AMADO** para tratar las patologías derivadas del diagnóstico **MENINGOMELIOCELE**.

De cara a lo indicado y atendiendo a que deben proveerse los medios que favorezcan el estado de salud del paciente, y que movilizarse en transporte público masivo, puede perjudicar la situación médica de la accionante, así como la situación económica del núcleo familiar se ordena a la **NUEVA EPS**, que a través de su representante legal y/ o quien haga sus veces, en el término de cuarenta y ocho (48) horas **SUMINISTRE** el transporte no medicalizado o en su defecto el subsidio económico requerido por la señora **ANGELA DAYANA BAUTISTA AMADO** y su acompañante, para acudir a las citas, terapias y procedimientos médicos autorizados por sus médicos tratantes, una vez sean programados.

No sobra advertir, en relación con VIVA 1A IPS, HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO, al INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL-ROOSEVELT, al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, a la CLINICA NUEVA EL LAGO S.A.S, al CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACION DE COLOMBIA-CIREC y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, éstos serán desvinculados de la presente acción por carecer de legitimación en la causa por pasiva en atención a que dentro del trámite se evidencia que la llamada a responder es **la NUEVA E.P.S.**, y dado que no aparece que hayan vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del accionante.

Finalmente, en relación con la facultad de recobro de la EPS, ello corresponde a un trámite administrativo que se encuentra regulado en la norma y que escapa por completo a la competencia constitucional, como quiera que la presente acción persigue el amparo del derecho a la salud, seguridad social y vida digna, los cuales están siendo vulnerados por la EPS, única entidad que tiene la obligación de realizar el procedimiento ordenado por el médico tratante, y que eventualmente deberá efectuar el recobro si a bien lo tiene, lo cual, en todo caso, no puede constituirse en una barrera para la conservación de la salud de la accionante y en general para la prestación de los servicios de salud en su favor.

Por lo aquí expuesto, el **JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, la igualdad y la vida en condiciones dignas de la señora ANGELA DAYANA BAUTISTA AMADO identificada con cédula de ciudadanía No. 1.013.675.826, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la **NUEVA EPS** que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, a través de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, **SUMINISTRE** a la señora ANGELA DAYANA BAUTISTA AMADO identificada con cédula de ciudadanía No. 1.013.675.826 la SOLUCIÓN SALINA BALANCEADA FCO 500 ML-CANTIDAD 30, GUANTES EXAMEN TALLA M (UNIDAD)-CANTIDAD 30, EQUIPO DE MACROGOTEO SIN AGUJA VENOCLISIS (UNIDAD)-CANTIDAD 30, SONDA NELATON NO. 12 (UNIDAD) CANTIDAD 210 y GASA ESTERIL ANTIADHERENTE NO TEJIDA 4 PULGADAS X 4 PULGADAS (10CM X 10CM) UNIDAD- CANTIDAD 180, en la cantidad formulada por el médico tratante, de conformidad con las pre-autorizaciones de números POS 11775-0746-165327657, 162785267,165330691 y 162785268.

**TERCERO: ORDENAR** a la **NUEVA EPS** que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, a través de su representante legal o quien haga sus veces programe cita a la accionante, la cual debe ser programada en un lapso de 5 días, con medicina interna a fin de determinar si hay lugar o no a remitir a la misma a las diferentes especialidades y en ese sentido frente a tal disposición que la encartada **AUTORICE, SUMINISTRE** y **GARANTICE** la prestación continua de los servicios y procedimientos médicos requeridos por la señora ANGELA DAYANA BAUTISTA AMADO identificada con cédula de ciudadanía No. 1.013.675.826 para tratar las patologías derivadas

del diagnóstico MENINGOMELIOCELE, si a ello hubiere lugar. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

**CUARTO: ORDENAR** a la NUEVA EPS que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, a través de su representante legal o quien haga sus veces **SUMINISTRE** el transporte no medicalizado o en su defecto el subsidio económico requerido por la señora **ANGELA DAYANA BAUTISTA AMADO** identificada con cédula de ciudadanía No. 1.013.675.826 y su acompañante, para acudir a las citas, terapias y procedimientos médicos autorizados por sus médicos tratantes, una vez sean programados.

**QUINTO: ORDENAR** a la NUEVA EPS que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, a través de su representante legal o quien haga sus veces registre o marque en el sistema a la accionante, como exceptuada de la cancelación de copagos y cuotas moderadoras y garantice que las IPS adscritas a su red de prestadoras de servicios médicos, así como las empresas por medio de las cuales proporciona todos y cada uno de los servicios ordenados en su favor, se abstengan de efectuar cobros por concepto de copagos y cuotas moderadoras.

**SEXTO: DESVINCULAR** a VIVA 1A IPS, HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO, al INSTITUTO DE ORTOPIEDIA INFANTIL-ROOSEVELT, al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, a la CLINICA NUEVA EL LAGO S.A.S, al CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACION DE COLOMBIA-CIREC y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, por las razones expuestas en el presente proveído.

**SÉPTIMO: NOTIFÍQUESE** a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede el recurso de **IMPUGNACION**, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

**OCTAVO:** En caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** el expediente a la **H. CORTE CONSTITUCIONAL** para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La Juez,

**NANCY MIREYA QUINTERO ENCISO**