



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona
Sala Única de Decisión

-ÁREA CONSTITUCIONAL-

Magistrado Ponente:
DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Pamplona, 19 de septiembre de 2022

Acta No. 154

Radicado	54-518-31-87-001-2022-00137-01
Accionante	OSCAR ROJAS NIÑO agente oficioso de MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO
Accionada	NUEVA EPS

ASUNTO

Decide la Sala la impugnación presentada por medio de apoderado especial de la accionada NUEVA EPS S.A. contra el fallo de tutela de fecha 10 de agosto de 2022 proferido por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona.

ANTECEDENTES

Hechos¹.-

Según lo referido en el escrito tutelar, la agenciada MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO tiene 58 años de edad, se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado a NUEVA EPS por traslado de MEDIMAS EPS, tiene discapacidad auditiva y física, no realiza ninguna actividad que le genere ingresos, vive sola y depende económicamente de sus hermanos, dos de los cuales trabajan en construcción sin devengar más de un salario mínimo legal mensual y las hermanas son amas de casa.

¹ Folios 1 y ss Archivo 02 DEMANDA Y ANEXOS Cuaderno primera instancia.

Manifestó el agenciante que MARTHA LIGIA también se encuentra diagnosticada con *“fractura patología, no clasificada en otra parte, fractura de cabeza del fémur derecho, hipoacusia neurosensorial, sin otra especificación, complicación mecánica de prótesis articular interna y complicaciones no especificadas de dispositivos protésicos, implantes e injertos”*.

Relató que el 5 de abril y el 21 de junio de 2022 MARTHA LIGIA asistió a consulta por la especialidad de ortopedia y traumatología, última donde le ordenaron *“radiografía y posterior consulta de seguimiento”*, siendo imposible la comunicación para agendar las citas, asistieron a *“la jornada realizada por la Dirección local de salud el pasado 07 de julio del 2022, con el fin de aprovechar que se encontraban las dinamizadoras de la NUEVA EPS y así solicitar apoyo en la gestión de la cita, allí me informan de forma verbal que esta queda asignada para el día jueves 21 de julio del 2022 a las 9:00 am”*.

Refirió que dada la *“discapacidad física y auditiva”* su hermana viajó acompañada de MARÍA RAMONA a cumplir la cita y *“al llegar a la CLINICA MEDICAL DUARTE, les informan que los días jueves no atiende el doctor ROBERTO LOBO RODRIGUEZ, además de que en base de datos de la clínica no se encuentra asignada cita para MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO, situación que las lleva a perder el viaje, además del dinero que con gran esfuerzo se reunió para dar cumplimiento a su cita”*.

Agregó que dicho episodio se comunicó a la NUEVA EPS, así como la situación económica que no le permite seguir sufragando los gastos que ameritan las citas de MARTHA LIGIA las que le son autorizadas para la ciudad de Cúcuta, a lo que la entidad contestó *“que los viáticos se encuentran fuera del PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS) y por ende no autorizados”*.

PETICIONES².-

Reclamó el amparo de los derechos fundamentales a la *“salud, igualdad, integridad física y a una vida digna de MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO”*, en consecuencia:

SEGUNDO: Ordenar al DIRECTOR DE NUEVA EPS y/o quien corresponda, asignar cita de CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA, en la CLINICA MEDICAL DUARTE a MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO tal como lo respalda la orden médica y autorización de la misma.

² Folio 3 ibidem.

TERCERO: Ordenar al DIRECTOR DE NUEVA EPS y/o quien corresponda, OTORGAR VIÁTICOS para MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO y para un acompañante y así asistir a la a las citas que le asignen fuera del municipio de Pamplona tal como es el caso de la CLINICA MEDICAL DUARTE y para demás que se deriven de mi diagnóstico clínico.

CUARTO: Para evitar presentar tutela por cada evento, solicito se ORDENE QUE LA ATENCIÓN SE PRESTE EN FORMA INTEGRAL es decir todo lo que requiera en relación a su diagnóstico actual, se preste en forma PERMANENTE y OPORTUNA, según como lo ordene el médico tratante.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

El 28 de julio de 2022³ el *A quo* admitió la acción de tutela formulada por OSCAR ROJAS NIÑO agente oficioso de MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO contra la NUEVA EPS, corrió traslado por el término de dos días al ente Accionado para que ejercitara su derecho de defensa, tuvo como pruebas los anexos presentados con la acción de tutela y de oficio ordenó consultar el SISBEN y la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de la agenciada.

El 10 de agosto de 2022 decidió la acción constitucional⁴.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

Nueva EPS⁸.-

Por medio de apoderado judicial indicó que *“Verificado el sistema integral de NUEVA EPS, se evidencia que la usuaria está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO”*.

Manifestó que la entidad *“asume todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido la usuaria desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios que ha requerido, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad”*.

Respecto de la consulta por la especialidad de ortopedia y traumatología señaló que *“El área técnica de salud se encuentra revisando el proceso de la referencia realizando*

³ Archivo 03 AUTO ADMISORIO.

⁴ Archivo 09 FALLO.

acciones positivas que permitan la materialización de la consulta que requiere la afiliada, por tanto, se han solicitado soportes de agendamiento a la IPS asignada MEDICAL DUARTE. Tan pronto se obtenga respuesta se informará al despacho a través de un informe complementario que permita verificar su gestión.”

Consideró que la solicitud de transporte urbano es improcedente, por cuanto *“es inherente al traslado normal y cotidiano que deben cubrir las personas para asistir a citas y demás servicios médicos; no puede pretenderse se reconozcan gastos de transporte dentro de un mismo municipio”,* además porque *“no se presenta una justificación suficiente para que se pueda determinar que existe incapacidad económica, máxime cuando no se trata de un traslado excesivo de un municipio a otro sino que es dentro de un mismo casco urbano”* y dicho servicio no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud.

Respecto a las citas médicas programadas, señaló que *“no se evidencian órdenes medicas expedidas por los galenos donde se solicite la prestación de los servicios que la parte accionante reclama. Los servicios mencionados por la parte accionante son servicios que no están incluidos en el PLAN BASICO DE SALUD y requieren orden médica radicada vía MIPRES para su suministro”.*

Con fundamento en la Resolución 2381 de 2021 señaló que *“el servicio requerido no es prestado en el municipio de residencia de la paciente el cual es PAMPLONA – NORTE DE SANTANDER, el cual NO SE ENCUENTRA CONTEMPLADO en los que reciben UPC diferencial y a los cuales la EPS sí está en la obligación de costear el trasporte del paciente”,* por lo que considera, *“los gastos que corresponden al desplazamiento de los afiliados hasta otros municipios no pueden ser trasladados con cargo a las Entidades Promotoras de Salud, puesto que una decisión en este sentido atentaría contra el principio de solidaridad sobre el cual debe regirse todo el sistema”.*

Indicó que si bien el servicio de transporte no es considerado un servicio de salud, sí es un elemento esencial de accesibilidad conforme lo establece la Ley 1751 de 2015, además está regulado en la Resolución 2292 de 2021, pero para el caso concreto *“no se encuentra acreditado o demostrado siquiera sumariamente en el escrito de la tutela que la parte accionante o su núcleo familiar no se encuentren en condiciones para sufragar los gastos que están siendo solicitados. Y es que el simple hecho de informar que el usuario o su familiar tienen gastos no significa que se encuentre en situación de indefensión o que NO PUEDA SUFRAGAR EL COSTO de los transportes y viáticos que son solicitados, y los cuales se insiste no son servicios o tecnologías de salud”.*

En cuanto a los gastos de alimentación y alojamiento, no evidenció solicitud médica que ordene dicho servicio, además *“es claro que la responsabilidad no recae en nadie distinto que cada ser humano, puesto que independientemente de la enfermedad que desafortunadamente aqueja al usuario, éste tiene el deber de autocuidado y suministrarse lo necesario para alimentación. Es por tal razón, que no se encuentra fundamento alguno en solicitar que con cargo a los dineros del sistema se otorgue alimentación a quien de por si debe buscar la manera de proveerse todo aquello necesario para satisfacer sus necesidades básicas”*.

Frente a la pretensión de tratamiento integral, señaló que NUEVA EPS *“no ha negado la prestación a los servicios de salud ni el acceso a los mismos”*, refirió además que, *“tiene un modelo de acceso a los servicios y la entrada a ellos es a través de los servicios de Urgencias o a través de la IPS Primaria asignada a cada afiliado donde puede acceder a los servicios ambulatorios programados”*.

Consideró que *“la Integralidad que solicita la usuaria se da por parte de Nueva EPS de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el Plan de beneficios de Salud”*.

Expreso la NUEVA EPS que ***“EL FALLO DE TUTELA NO PUEDE IR MÁS ALLÁ DE LA AMENAZA O VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS Y PROTEGERLOS A FUTURO, pues con ello se desbordaría su alcance y además una condena en estos términos incurre en el error de obligar por prestaciones que aún no existen puesto que la obligación de un servicio de la EPS solo inicia una vez la dolencia en salud ocurre y por ello un fallo concreto no genera violación de derecho fundamental alguno”***.

Considera que *“el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la entidad y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental”*.

Finalmente señaló que *“NUEVA EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, por cuanto el proceder de la entidad se ajusta a las directrices trazadas y las competencias asignadas por la regulación jurídica vigente en relación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud”* y solicitó declarar improcedente la acción de tutela por no vulnerar derechos fundamentales, además porque lo pretendido son servicios que no se encuentran dentro del plan de beneficios

de salud de manera subsidiaria y de prosperar las pretensiones solicitó ordenar al ADRES reembolsar los gastos en que se incurra para el cumplimiento del fallo.

SENTENCIA IMPUGNADA⁵.-

Mediante fallo de fecha 10 de agosto de 2022 el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta municipalidad concedió la protección constitucional de los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social de MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO, en consecuencia, dispuso:

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, en el caso de no haberlo hecho, ejecute las gestiones administrativas pertinentes para la asignación de cita de consulta de control o de seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología prescrita por el médico tratante a la señora **MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO**, del mismo modo, asuma el servicio de transporte, alimentación y alojamiento, este último en el evento de que sea necesario, siempre que la accionante lo requiera para acceder a los servicios o tecnologías de salud incluidos en el PBS que necesita según la prescripción de sus médicos y la autorización que expida esa entidad, y para un acompañante, y brinde tratamiento integral relacionado con el diagnóstico *“COMPLICACIONES NO ESPECIFICADAS DE DISPOSITIVOS PROTESICOS, IMPLANTES E INJERTOS”*, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

Encontró que a MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO *“le fue autorizada consulta de control o de seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología y fue direccionada a la IPS Clínica Medical Duarte de Cúcuta.”*, además, que la Accionante presenta *“discapacidad física (baja talla) y auditiva (hipoacusia) moderadas del mismo modo, se evidencia antecedentes de fractura de cabeza de fémur derecho y complicación mecánica de prótesis articular interna”* y en la historia clínica del 21/01/2022 se registró: *“...Se revisa caso clínico donde se evidencia en Rx recientes el varo bilateral de los fémures con arqueamiento de las diáfisis del tallo y cambios en la cortical lateral del fémur izquierdo con alto riesgo de fractura se explica necesidad de manejo quirúrgico con revisión de la cadera derecha con osteotomía femoral, Tallo de revisión monobloque y revisión de copa con copas de diámetro bajo. Posteriormente osteotomía y fijación de fémur izquierdo”*.

Agregó el A quo que **“NUEVA EPS autorizó consulta de control por especialista en ortopedia y traumatología para la ciudad de Cúcuta, pues no cuenta con red de**

⁵ Archivo 09 FALLO.

prestadores que garanticen el servicio que necesita la paciente en este municipio, adicionalmente, quedó acreditado que ella ni su familia cuentan con los recursos económicos para cubrir el transporte, alojamiento y alimentación para la misma y un acompañante, pertenece al régimen subsidiado en salud y en el Sisbén se encuentra clasificada en el grupo A3 pobreza extrema”.

Halló cumplidos “*los requisitos para autorizar el transporte para un acompañante, pues del material obrante en el trámite de tutela se establece que la accionante es una persona con discapacidad auditiva y física, por su diagnóstico actual “COMPLICACIONES NO ESPECIFICADAS DE DISPOSITIVOS PROTESICOS, IMPLANTES E INJERTOS” tiene alto riesgo de fractura conforme se observa en la historia clínica, aspectos que justifican la necesidad de un tercero para su desplazamiento y salvaguardar su integridad física”.*

Frente a la petición de alojamiento y alimentación, argumentó que si bien no son servicios médicos, y en principio deben ser asumidos por el usuario y su familia, en el caso bajo estudio se cumple a cabalidad con las excepciones establecidas por el precedente constitucional para ser financiado por la EPS, a saber, que “*(i) se constate que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; (ii) se evidencie que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, (iii) particularmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige “más de un día de duración”, verificándose que los dos primeras se cumplen a cabalidad y la última quedaría condicionada a que el alojamiento se suministre cuando la atención en salud deba prolongarse por más de un día”*⁶.

Encontró que MARTHA LIGIA, al ser una persona discapacitada y por tanto sujeto de especial protección por parte del estado, se le debe brindar atención integral sin dilaciones ni barreras, por lo que al evidenciar “*que la **NUEVA EPS** no ha garantizado a través de su red prestadora de servicios consulta de control o de seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología ordenada a la paciente 21 de julio de 2022”, evidenció la negligencia y dilación en la prestación del servicio por lo que ordenó el tratamiento integral respecto del diagnóstico “COMPLICACIONES NO ESPECIFICADAS DE DISPOSITIVOS PROTESICOS, IMPLANTES E INJERTOS”.*

⁶ Corte Constitucional, sentencia T 259 de 2019.

Frente al recobro solicitado por la EPS indicó que *“no son asuntos que deban ser decididos en sede constitucional, sumada a ello, la EPS accionada puede solicitar el reembolso, si es el caso, sin que medie autorización alguna del juez de tutela, pues este opera conforme a la ley”*.

IMPUGNACIÓN⁷.-

Inconforme con la decisión adoptada por el *A quo*, la accionada NUEVA EPS la impugnó, insistiendo en que *“no se evidencian ordenes médicas expedidas por los galenos donde se solicite la prestación de los servicios que la parte accionante reclama (TRANSPORTE, ALOJAMIENTO Y ALIMENTACION). Los servicios mencionados por la parte Accionante no están incluidos en el PLAN BÁSICO DE SALUD y requieren orden médica radicada vía MIPRES para su suministro”*.

Reiteró que el transporte urbano solicitado *“es inherente al traslado normal y cotidiano que deben cubrir las personas para asistir a citas y demás servicios médicos”* y no se puede pretender su suministro dentro del mismo municipio, máxime *“porque no existe ninguna obstaculización o imposibilidad para que dentro del mismo casco urbano no se pueda acudir a los diferentes servicios que son autorizados, como lo deben realizar todos los afiliados”*.

Nuevamente expuso que *“no se presenta una justificación suficiente para que se pueda determinar que existe incapacidad económica, máxime cuando no se trata de un traslado excesivo de un municipio a otro sino que es dentro de un mismo casco urbano”* y el servicio no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios de Salud.

Agregó que si bien el servicio no es prestado en el municipio de Pamplona, éste no se encuentra en los que reciben UPC diferencial, a los que la EPS sí está en la obligación de costear el transporte del paciente.

Refirió nuevamente que *“si bien el servicio de transporte en sí mismo considerado no es un servicio de salud, si es un elemento esencial del atributo de accesibilidad de conformidad con lo señalado por la Ley Estatutaria que regula el derecho a la salud (Ley 1751 de 2015) y la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional en esa materia”*.

⁷ Archivo 11 ESCRITO IMPUGNACIÓN NUEVA EPS.

Adujo que, *“no se encuentra acreditado o demostrado siquiera sumariamente en el escrito de la tutela que la parte accionante o su núcleo familiar no se encuentren en condiciones para sufragar los gastos que están siendo solicitados”*.

Respecto de la petición de gastos de alimentación y alojamiento, no evidenció solicitud médica que ordene tal servicio y halló *“claro que la responsabilidad no recae en nadie distinto que cada ser humano, puesto que independientemente de la enfermedad que desafortunadamente aqueja al usuario, éste tiene el deber de autocuidado y suministrarse lo necesario para alimentación. Es por tal razón, que no se encuentra fundamento alguno en solicitar que con cargo a los dineros del sistema se otorgue alimentación a quien de por sí debe buscar la manera de proveerse todo aquello necesario para satisfacer sus necesidades básicas”*.

Específicamente, respecto de la pretensión de alimentación, encontró que no tiene *“relación alguna con la protección a derechos fundamentales, que es el fin último de este trámite constitucional, teniendo en cuenta que la alimentación no es un gasto imprevisto para la accionante, por el contrario, es una necesidad que debe suplir el agenciado en cualquier otra municipalidad, independientemente de si requiere prestación de servicios médicos o no, debiendo suplirse la misma en forma diaria independientemente de la ubicación de la usuaria y de su acompañante”*.

Respecto del tratamiento integral insistió en que *“no ha negado la prestación a los servicios de salud ni el acceso a los mismos”*, además *“tiene un modelo de acceso a los servicios y la entrada a ellos es a través de los servicios de Urgencias o a través de la IPS Primaria asignada a cada afiliado donde puede acceder a los servicios ambulatorios programados”*.

Reiteró que *“no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que la usuaria requiera servicios no les serán autorizados”*.

Con base en lo anterior solicitó:

PRIMERA: REVOCAR el presente fallo toda vez que a la usuaria le han sido autorizados y garantizados los servicios que ha requerido de

acuerdo con nuestras competencias; no obstante, la EPS-S no es la responsable de la prestación de los demás servicios solicitados (transporte, alojamiento y alimentación), mediante la presente acción de tutela por tratarse de eventos no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud (NO PBS), de conformidad con lo contenido en la Resolución 2292 2021.

SEGUNDO: REVOCAR la orden del suministro de un tratamiento integral, toda vez que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que la usuaria requiera servicios no les serán autorizados.

SUBSIDIARIA:

PRIMERA: EN SU DEFECTO SI SE LLEGARE A CONFIRMAR EL FALLO DE TUTELA EN RELACION, SE SOLICITA A SU SEÑORIA ADICIONAR en la parte resolutive del fallo objeto de impugnación, en el sentido de FACULTAR a la NUEVA EPS S.A., para que en virtud de la Resolución 205 de 2020, por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPS, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

CONSIDERACIONES

Competencia. -

Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación de la presente acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la constitución Política de Colombia, artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en el Decreto 1983 de 2017 modificado por el Decreto 333 de 2021.

Problema Jurídico. -

No habiendo existido apelación por parte de la Accionante, y habiéndose contraído la de la NUEVA EPS al reconocimiento de transporte, alojamiento y alimentación de la paciente y un acompañante, la orden de tratamiento integral para el caso específico y la solicitud de reembolso de recursos a cargo de la ADRES, la viabilidad de tal temática es el objeto de este nivel decisional.

Además, no existe análisis de protección de derechos fundamentales que amerite ser efectuado oficiosamente.

Cumplimiento de los Requisitos Generales de Procedencia de la Acción de Tutela.-

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

En esta medida, antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, a saber: (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad⁸.

Legitimación en la Causa. -

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un *“interés directo y particular”*⁹ respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que *“lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro”*¹⁰. A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular ¹¹.

Por activa, tenemos a OSCAR ROJAS NIÑO, quien interpone la acción constitucional como agente oficioso de MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO, por advertir que a ésta se le vulneran los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social y dignidad humana por parte de la NUEVA EPS.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T 511 de 2017.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T 176 de 2011.

¹¹ *Ibidem*.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que el ejercicio de la acción de tutela puede ser ejercido (i) a nombre propio (ii) a través de un representante legal (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso. El inciso final de esta norma, también señala que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

Respecto de la acción de tutela interpuesta por agente oficioso, establece la misma norma que es posible interponerla a nombre de quien no pueda hacerlo por sí mismo, buscando lograr el amparo de personas de especial protección constitucional como los niños, las personas de la tercera edad y/o en situación de discapacidad. La Corte Constitucional ha señalado que *“la agencia oficiosa busca evitar que, debido a la falta de capacidad del demandante, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante”*¹².

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado como presupuestos necesarios para que opere la figura de la agencia oficiosa en el ejercicio de la acción de tutela *“a) la manifestación del agente oficioso de que actúa en dicha calidad; y b) la circunstancia real de que el titular del derecho no se encuentra en condiciones físicas o mentales para interponer la acción, bien sea porque está dicho expresamente en el escrito de tutela, o se deduzca del contenido de la misma”*¹³.

En el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado que OSCAR ROJAS NIÑO está legitimado para actuar como agente oficioso de MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO, en razón a que, en primer lugar, en el escrito de tutela hizo la manifestación que actuaba en tal calidad, y segundo, se evidencia certificado de discapacidad de MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO donde se relaciona *“DX PRINCIPAL CIE – 10 Hipoacusia y DX CIE – RELACIONADOS Talla baja, TIPO DE DISCAPACIDAD Auditiva”*, además en la última consulta el ortopedista le diagnosticó *“T849 COMPLICACIONES NO ESPECIFICADAS DE DISPOSITIVOS PROTESICOS, IMPLANTES E INJERTOS”* limitación auditiva y física que le impiden ejercer directamente la acción de tutela.

Por pasiva, está la NUEVA EPS, entidad pública prestadora de servicios de salud, ámbito de competencia cuya omisión es el objeto de la acción en estudio.

Queda así acreditado este requisito.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-044 de 1996.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-968 de 2014.

Inmediatez. -

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *“un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”*¹⁴.

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez¹⁵.

Al estudiar el cumplimiento de dicho requisito en el caso *sub júdice*, la Sala lo encuentra acreditado atendiendo que la anomalía se desencadenó desde el 21 de junio de 2022¹⁶, fecha en que le ordenaron a MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO nueva consulta de control o seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología. Como se acudió a la acción de tutela el 27 de julio de 2022, es decir, aproximadamente un mes y seis días después, dicho término resulta razonable para acudir a la vía constitucional, atendiendo a que la Corte Constitucional ha sostenido que ante la inexistencia de un término definido, se ha considerado que el plazo oportuno por regla general es de seis meses, transcurridos los cuales la tutela devendría improcedente¹⁷.

Subsidiariedad. -

En su carácter residual, *“La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*¹⁸.

Con respecto a la existencia de otros mecanismos de protección del derecho a la salud en la Superintendencia Nacional de Salud, mismo que haría inviable el trámite de esta

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

¹⁵ “(i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica”. Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

¹⁶ Folio 25 a 27 archivo DEMANDA Y ANEXOS

¹⁷ Sentencias Corte Constitucional T-328 de 2010 y T-1063 de 2012.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-091 de 2018.

acción, nuestra Corte Constitucional manifestó en sentencia T 117 de 2019:

1.8.2. A raíz de algunos análisis efectuados por el Alto Tribunal, cuando se encuentran de por medio intereses de sujetos de especial protección constitucional (menores de edad, mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con disminuciones físicas y psíquicas y personas en situación de desplazamiento), y especialmente por casos estudiados en ésta Sala, se detectaron debilidades en la estructura del procedimiento ante la SNS que desvirtúan, en algunos casos su idoneidad y en otros su eficacia en razón a: (i) *la falta de reglamentación del término en que se debe resolver la segunda instancia cuando se presenta el recurso de apelación;* (ii) *la ausencia de garantías para exigir el cumplimiento de lo ordenado;* (iii) *la carencia de sedes de la SNS en todo el país;* y (iv) *el incumplimiento del término legal para proferir los fallos.*

Las debilidades mencionadas han cobrado mayor relevancia, debido a la reciente Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018 realizada por la Sala de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, en donde el Superintendente de Salud aceptó que dicha entidad de vigilancia no cuenta con la infraestructura necesaria para cumplir con los términos del trámite aludido. Puntualmente señaló: *“...hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos en el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en **dos y tres años**”*. (Negrilla en original)

Además de lo anterior, se evidenció que los asuntos establecidos en los artículos 41 de la Ley 1122 de 2007 y 126 de la Ley 1438 de 2011 no abarcan en su totalidad las posibles controversias que puedan suscitarse entre los usuarios y sus EPS.

Así pues, para un sector del alto Tribunal, el procedimiento establecido por la Ley 1122 de 2007 y modificado por la ley 1438 de 2011 no es idóneo y tampoco eficaz, pues carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener protección de sus garantías fundamentales.

Tesis que fue reiterada en sentencia SU-508 de 2020, en donde además se señaló que:

mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos.

De esa manera, por existir debilidades constitutivas en el mecanismo de resolución principal, tener MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO discapacidad auditiva (hipoacusia) y deficiencia en una de sus extremidades, es considerada sujeto de especial protección

constitucional y por tanto se dará por cumplido este requisito.

Satisfechos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala examinará si se cumplen los presupuestos para conceder las pretensiones de transporte, alojamiento y alimentación para la usuaria y un acompañante cuando las citas médicas sean autorizadas fuera del municipio de Pamplona y si se debe garantizar el tratamiento integral.

El Derecho Fundamental a la Salud.-

El artículo 48 de la Constitución Política establece que *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*.

El derecho fundamental a la seguridad social es definido como el *“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”*³².

La ley 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, consistente en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible.

Frente al derecho fundamental a la salud la Corte Constitucional ha señalado que:

(...) el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela³³.

CASO CONCRETO

OSCAR ROJAS NIÑO actuando como agente oficioso de MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO, quien cuenta con 58 años de edad y se encuentra diagnosticada con *“fractura patológica, no clasificada en otra parte, fractura de cabeza de fémur derecho, hipoacusia neurosensorial, sin otra especificación, complicación mecánica de prótesis*

articular interna y complicaciones no especificadas de dispositivos protésicos, implantes e injertos”, interpuso la acción constitucional para el goce de los derechos a la vida, salud, seguridad social y dignidad humana, contra la NUEVA EPS, a fin de que se le suministre viáticos para la paciente y un acompañante, para asistir a las citas que le sean asignadas fuera del municipio de residencia.

Fue ordenado por el *A quo* el suministro de “*transporte, alimentación y alojamiento, este último en el evento de que sea necesario, siempre que la accionante lo requiera para acceder a los servicios o tecnologías de salud incluidos en el PBS que necesita según la prescripción de sus médicos y la autorización que expida esa entidad, y para un acompañante, y brinde tratamiento integral relacionado con el diagnóstico “COMPLICACIONES NO ESPECIFICADAS DE DISPOSITIVOS PROTESICOS, IMPLANTES E INJERTOS*”, órdenes que fueron impugnadas por la NUEVA EPS y que son el objeto de estudio de esta Sala.

Cubrimiento de gastos de transporte, alojamiento y alimentación para la paciente y un acompañante. -

Servicio de Transporte para la paciente. -

La Ley 1751 de 2015 en el literal c) del artículo 6 establece que “*(l)os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información*”.

El precedente jurisprudencial indica que el transporte y los viáticos necesarios para asistir a los servicios de salud no constituyen servicios médicos, sin embargo “*ha precisado que estos constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.*¹⁹”

El Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución No. 2481 de 2020 “*Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capilación (UPC)*”, misma que en su artículo 122 establece:

¹⁹ T-074 de 2017 M.P. JORGE IVAN POALACIO PALACIO.

Artículo 122. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención financiada con recursos de la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

Parágrafo. Las EPS o las entidades que hagan sus veces, igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto al de su residencia. para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo. o cuando existiendo estos en su municipio de residencia, la EPS o la entidad que haga sus veces, no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces, recibe o no una UPC diferencial.

Sobre el servicio de transporte intermunicipal del paciente y su acompañante, adoctrinó la Corte Constitucional:

7. Reiteración de jurisprudencia: el servicio de transporte intermunicipal para un paciente ambulatorio debe ser cubierto por la EPS cuando el usuario lo requiere para acceder al servicio en el prestador autorizado por la entidad

99. De conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corte, una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella cuando se abstiene de pagar los gastos de transporte intermunicipal y de estadía (incluidos su alojamiento y alimentación) –estos últimos si la persona debe permanecer más de un día en el lugar donde recibirá la atención que necesita– que el usuario debe cubrir para acceder a un servicio o tecnología en salud ambulatorio (incluido en el plan de beneficios vigente) que requiere y que es prestado por fuera del municipio o ciudad donde está domiciliado. En la Sentencia SU-508 de 2020, 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.

100. La Sala Plena 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.^[172] 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.

101. De esta forma, la Sala Plena unificó su 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 SU-508 de 2020, 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.

102. Este Tribunal precisa que las consideraciones mencionadas resultan aplicables a los casos que se estudian, en la medida que se derivan directamente del régimen constitucional, legal y reglamentario que establece las obligaciones a cargo de las entidades que hacen parte del Sistema de Salud, vigente, sin duda, en el momento en que se presentaron las acciones de tutela. La Ley Estatutaria de Salud fue promulgada en 2015 y rige a partir de su publicación. Dichas consideraciones no constituyen subreglas introducidas por la Corte en la Sentencia SU-508 de 2020.

103. Ahora bien, adicionalmente a las reglas ya resumidas, con respecto a los *usuarios que requieren de un acompañante*, en la jurisprudencia reiterada sobre el tema, la Corte ha establecido que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella que debe salir del municipio o ciudad donde reside para acceder a un servicio o tecnología incluida en el plan de beneficios vigente, cuando no cubre los gastos de transporte y estadía *de su acompañante*, siempre y cuando se cumplan las siguientes tres condiciones: (i) que el usuario dependa de un tercero para desplazarse; (ii) que *“requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”*; y (iii) que ni el usuario ni su familia tengan los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos mencionados²⁰.

Conforme a lo expuesto y contrario a lo manifestado por la Impugnante, es claro que la obligación del pago de transporte intermunicipal no sólo se encuentra en el Plan Básico de Salud, sino que además está desligada de la capacidad económica del

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T 122 de 2021.

beneficiario y de una orden médica, por lo que, verificando el diagnóstico de MARTHA LIGIA y que las citas de ortopedia y traumatología, contrario a lo manifestado por NUEVA EPS han sido autorizadas para la Clínica Medical Duarte ubicada en a la ciudad de Cúcuta, ciudad diferente al domicilio de la agenciada que es el municipio de Pamplona, es imperioso ordenar su reconocimiento, por lo que se confirmará el fallo de primera instancia en este aspecto.

Alojamiento y alimentación de la paciente. -

Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia T-101 de 2021 señaló:

La alimentación y alojamiento del afectado

20. Esta Corporación ha señalado que estos dos elementos no constituyen servicios médicos. Por lo tanto, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, por regla general, los gastos de estadía deben ser asumidos por él. Sin embargo, esta Corte ha determinado que no es posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, razón por la que de manera excepcional ha ordenado su financiamiento. En consecuencia, se han establecido las siguientes subreglas para determinar la procedencia de estos servicios:

“i) se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento”²¹.

A pesar de que la NUEVA EPS replicó que no existe orden médica y *“la responsabilidad no recae en nadie distinto que cada ser humano, puesto que independientemente de la enfermedad que desafortunadamente aqueja al usuario, éste tiene el deber de autocuidado y suministrarse lo necesario para alimentación”*, conforme al precedente jurisprudencial debe verificarse si se cumplen las subreglas establecidas para otorgar el suministro de alimentación y alojamiento. En el escrito tutelar manifestó OSCAR ROJAS NIÑO:

(...) el aspecto socioeconómico de **MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO**, quien, por su estado de salud, discapacidad auditiva y física no realiza actividad que le permita generar ingresos, razón por la que depende de lo que como hermano le pueda colaborar para sus gastos tales como servicios públicos, alimentación y vestuario, en la que ocasionalmente

²¹ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

mis otros dos hermanos le envían productos de la canasta familiar y así aliviar sus necesidades.

Del mismo modo informo sobre las labores que realizamos para generar ingresos y así sufragar las necesidades básicas del hogar, donde junto con mi hermano laboramos en construcción, actividad que no nos genera más de un salario mínimo, pues depende del trabajo realizado por semana, del mismo modo mis hermanas son amas de casa y dependen de lo que sus esposos les brinden.

Es de destacar que cada uno de nosotros vive en casa diferente lo que amerita el pago por parte de los servicios públicos, alimentación y canon de arrendamiento, además de los gastos de estudio de nuestros hijos.

Mi hermana habita sola en una vivienda asignada por el gobierno en el barrio los alisos de la ciudad de Pamplona.

Manifestación que no fue controvertida por la NUEVA EPS y sí confirmada con la consulta realizada por el *A quo* en la base de datos del ADRES y del SISBEN, el que arrojó que MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO se encuentra inscrita en el régimen subsidiado y está en el nivel A3 "*pobreza extrema*"²² y OSCAR ROJAS NIÑO también está en el régimen subsidiado en nivel B1 "*pobreza moderada*"²³.

Encontrándose así acreditado que ni MARTHA LIGIA ni su hermano OSCAR ROJAS NIÑO (así como tampoco sus otros hermanos uno de los cuales es maestro de construcción y sus hermanas son amas de casa), cuentan con la capacidad económica para asumir los costos de alojamiento y alimentación que generan el traslado para cumplir las citas médicas ordenadas fuera del municipio de Pamplona, y la negación de los servicios de salud de la paciente constituiría una barrera de acceso al servicio de salud.

Respecto del alojamiento, tal cual lo ordenó la primera instancia, sólo se materializará en caso de necesitarse más de un día de duración en el tratamiento.

Por las anteriores consideraciones se confirmará la orden de impartida por el *A quo*.

Transporte, alimentación y alojamiento para un acompañante. -

Tal pretensión fue acogida por el *A quo*, quien consideró que:

(...) se cumplen los requisitos para autorizar el transporte para un acompañante, pues del material obrante en el trámite de tutela se

²² Archivo 05 CONSULTA SISBEN Y ADRES MARTHA ROJAS

²³ Archivo 06 CONSULTA SISBEN Y ADRES OSCAR ROJAS

establece que la accionante es una persona con discapacidad auditiva y física, por su diagnóstico actual *“COMPLICACIONES NO ESPECIFICADAS DE DISPOSITIVOS PROTESICOS, IMPLANTES E INJERTOS”* tiene alto riesgo de fractura conforme se observa en la historia clínica, aspectos que justifican la necesidad de un tercero para su desplazamiento y salvaguardar su integridad física.

Sobre el tema la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando: *“(i) se constate que el usuario es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”; (ii) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado²⁴”*.

Dicha Corporación también ha establecido que *“es necesario precisar que la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte para un acompañante deben ser constatados en el expediente. De este modo, cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho. En caso de que guarde silencio con respecto a la afirmación del paciente se entenderá probada²⁵”*.

Del material probatorio obrante en el expediente se encuentra que en historia clínica de fecha 5 de abril de 2022²⁶ se registró como motivo de la consulta:

Paciente valorada en Junta con recomendación de osteotomía femoral derecha con revisión del tallo femoral y colocación de vástago largo monobloque se solicita RX de fémur derecho Ap y Lateral, tomadas en la clínica para medición de osteotomía y diámetro de canal para selección de prótesis y materiales de fijación.

Y se diagnosticó *“COMPLICACIONES NO ESPECIFICADAS DE DISPOSITIVOS PROTESICOS, IMPLANTES E INJERTOS”*.

También se encuentra certificado de discapacidad de MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO, donde se anotó que tiene discapacidad auditiva- hipoacusia y talla baja²⁷.

En el escrito de tutela relató el Agenciante que *“Al llegar el día de la cita viaja mi hermana MARTHA LIGIA y mi esposa MARÍA RAMONA, persona que la apoya en los*

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2019, citada en T 101 de 2021.

²⁵ sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras, citadas en T 101 de 2021.

²⁶ Folio 21 y ss Archivo 02 DEMANDA Y ANEXOS.

²⁷ Folio 11 Archivo 02 DEMANDA Y ANEXOS.

tramites médicos ya que mi hermana por su discapacidad física y auditiva no se desenvuelve en los mismos”.

De lo expuesto se concluye que MARTHA LIGIA además de tener deficiencia en una de sus extremidades que le impiden moverse normalmente, también padece de hipoacusia auditiva, trastorno que le dificulta el desarrollo del habla, el lenguaje y la comunicación, patologías que obstaculizan el normal desenvolvimiento de la agenciada, por lo que se considera se deben ordenar para un acompañante los servicios de transporte y alimentación, y alojamiento de requerirse, atendiendo además que no se desvirtuó la incapacidad económica del núcleo familiar para atender los gastos respectivos.

Sobre la atención integral en salud. -

OSCAR ROJAS NIÑO pretende por la vía constitucional se ordene la prestación integral del sistema de salud por la NUEVA EPS-S para su hermana MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO para la recuperación de su diagnóstico, “*COMPLICACIONES NO ESPECIFICADAS DE DISPOSITIVOS PROTESICOS, IMPLANTES E INJERTOS*”, pretensión que fue acogida por el *A quo* en fallo de fecha 10 de agosto de 2022²⁸ e impugnado por la NUEVA EPS, al considerar que:

De acuerdo con lo anteriormente explicado, debe señalarse que la Integralidad que solicita la usuaria se da por parte de Nueva EPS de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el Plan de beneficios de Salud.

(...)

Por lo tanto, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que la usuaria requiera servicios no les serán autorizados.

Al respecto, cabe recordar que la prestación del servicio de salud debe ser continua y completa, es decir, “integral”, principio expresamente consagrado en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015²² y reiterado por el numeral 1 del artículo 3 de la Resolución 2481 de 2021 del Ministerio de Salud²⁹.

²⁸ Numeral segundo parte resolutive

²⁹ 1.- Integralidad. Todos los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC para la promoción de la

Al respecto la Corte Constitucional señaló que:

el tratamiento integral implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud suministrando *“todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”*. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir *“prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”*³⁰.

El tratamiento integral *“tiene como finalidad garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante”*³¹, siendo obligación de las Entidades Promotoras de Salud garantizar y ofrecer los servicios de salud a sus afiliados de manera integral, continua, coordinada, con calidad y oportunidad, lo que implica fijar citas con rapidez.

Así las cosas, dadas las barreras y obstáculos en la satisfacción de los servicios de salud por parte de la NUEVA EPS, al no garantizar de manera diligente y oportuna el agendamiento de la cita de ortopedia y traumatología, se hace necesario garantizar el tratamiento integral que *“opera cuando el prestador del servicio de salud haya desconocido el principio de integralidad en la atención”*, que requiera MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO para el tratamiento de su patología *“COMPLICACIONES NO ESPECIFICADAS DE DISPOSITIVOS PROTESICOS, IMPLANTES E INJERTOS”* y la pronta recuperación de su salud según lo prescrito por el médico tratante.

Se recuerda a la NUEVA EPS que la atención debe ser prestada de manera oportuna, completa y permanente a MARTHA LIGIA ROJAS NIÑO, al estar en riesgo su vida e integridad personal, las que prevalecen sobre los trámites administrativos que se deben surtir al interior de la entidad, ya que la demora en la práctica de un examen o la asignación de una cita, y con ello la espera prolongada e indefinida en la atención por fallas en la eficiencia del servicio pueden tener un impacto negativo sobre los derechos fundamentales de la Accionante.

Por las anteriores consideraciones se confirmará la orden de tratamiento integral impartida por el *A quo*.

salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, deben incluir lo necesario para su realización, de tal forma que se cumpla con la finalidad del servicio. según lo prescrito por el profesional tratante”.

³⁰ T-259 de 2019.

³¹ Sentencia T-259 de 2019.

Sobre la orden de recobro a la -ADRES--

La NUEVA EPS como pretensión subsidiaria solicitó ordenar al ADRES reembolsar los gastos en que incurra en cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

La Corte Constitucional desde la sentencia T-760 de 2008 se pronunció frente a la condición de ordenar mediante fallo de tutela el recobro de los servicios médicos ordenados a la EPS:

En primer lugar, órdenes para no supeditar a la decisión sobre eventual revisión por parte de la Corte la fecha de ejecutoria de la sentencia que amparó el derecho a la salud. En este caso se ordenará al Ministerio de Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga sea más ágil con miras a asegurar el flujo de recursos necesarios para proteger efectivamente el derecho en el sistema. **Dentro de estas medidas por lo menos se tendrán en cuenta las siguientes, cuando se trate de servicios de salud cuya practica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela:** (i) la entidad promotora de salud deberá cumplir inmediatamente la orden de protección del derecho a la salud y podrá iniciar el proceso de recobro una vez el fallo se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que la autorización del servicio de salud y el procedimiento de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del proceso de revisión que se surte ante la Corte Constitucional; (ii) **no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se debe autorizar el recobro ante el Fosyga como condición para autorizar el servicio médico no cubierto por el POS ni para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. La EPS debe acatar oportunamente la orden de autorizar el servicio de salud no cubierto por el pos y bastará con que en efecto el administrador del Fosyga constataste que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC;** (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa "Principio activo en POS" cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el apartado 6.2.1 de esta providencia (...).

(...)

6.2.1.1.5. En el mismo sentido, la exigencia de que el fallo de tutela otorgue explícitamente la posibilidad de recobro ante el Fosyga también debe ser interpretada *conforme* a la Constitución, **en cuanto es el pago de un servicio médico no incluido en el plan de beneficios, lo que da lugar al surgimiento del derecho al reembolso de la suma causada por la prestación del servicio, y no la autorización de un**

juez o del CTC. En relación con este último aspecto, la Corte advierte que en ningún caso el Fosyga está obligado al reembolso de los costos generados por servicios médicos que hagan parte del Plan de Beneficios. Negrilla fuera de texto.

De otra parte, frente a lo solicitado subsidiariamente por la entidad accionada, en cuanto a que en el evento de amparar los derechos invocados se le ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos que asuma en cumplimiento del fallo de tutela, advierte la Sala que no han sido pocos los pronunciamientos de este Tribunal sobre el tema, en el que se puntualiza que para el efecto está previsto un trámite administrativo, sin que este mecanismo sea el sendero para ordenar el pago de sumas de dinero. Es así como se ha dicho³²:

Por último, en relación con el recobro de los servicios y medicamentos NO POS, queda claro que es un derecho que la EPS-S COMPARTA adquiere una vez preste el servicio no incluido en el POSS a la agenciada, el cual tiene origen y fundamento en la ley y no en la sentencia, pues no es el objeto de la tutela ordenar el pago de sumas de dinero, postura que últimamente se ha acogido por esta Sala en acogimiento además de precedentes recientes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otros el siguiente:

“(…) En relación con la autorización del recobro al FOSYGA, cabe señalar que éste es un pronunciamiento administrativo que le corresponde adelantar a las entidades promotoras de salud, conforme a las disposiciones legales y a la regulación que para tal efecto ha expedido el Ministerio de Salud. Por consiguiente, son las autoridades administrativas a quienes corresponde determinar si se cumple con los requisitos legales pertinentes, decisión que no le corresponde adoptar al Juez en este escenario (…)”³³.

Así mismo, rememorando el emitido el 18 de noviembre de 2015³⁴:

(…) ii) Por la especial naturaleza de la acción de tutela (protección de derechos fundamentales) no le asiste al operador judicial el deber de pronunciarse sobre aspectos que desbordan el análisis ius fundamental. Al punto, en Auto 297 de 2007, la Corte Constitucional expuso:

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de adición de sentencias, de manera general esta Corporación ha señalado que dicha pretensión sólo resulta procedente en aquellos eventos en los cuales el fallo de tutela ha ‘omitido la resolución de algún extremo de la relación jurídico procesal que tenía que ser decidido’. Sobre el particular vale anotar que, en razón de la especial naturaleza del proceso judicial de amparo, el Juez de tutela cuenta con un razonable margen de discrecionalidad en virtud del cual es excusado de la obligación de

³² Sentencia del 22 de septiembre de 2017, M.P. Jaime Raúl Alvarado Pacheco, radicación 54-518-31-04-001-2017-00157-01.

³³ Sentencia STL6080 de 2017.

³⁴ Radicación 54-518-31-12-001-2015-00070-01 M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez

abordar la totalidad de los problemas jurídicos planteados por las partes, pues dada la celeridad propia con la cual debe tramitarse la acción y, especialmente, en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, el operador jurídico está llamado a concentrar su atención en aquellos puntos que tengan relevancia constitucional y que, de manera cierta, deban ser atendido para valorar la eventual violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Determinaciones igualmente referenciadas en sentencias del 07 y 16 de marzo de 2018, radicaciones 54-518-31-12-002-2018-00011-01 y 54-518-31-87-001-2018-00042-01, respectivamente; 07 de junio de 2019, radicación 54-518-31-04-001- 2019-00064-01 y 28 de mayo de 2020, radicación 54-518-31-84-001-2020-00040- 01³⁵.

Dados los anteriores precedentes, no hay lugar a acceder a la petición subsidiaria de ordenar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES- (antes FOSYGA), el reembolso de los gastos en que incurra la EPS como consecuencia del cumplimiento del fallo, por tratarse de un asunto de carácter legal y no propiamente constitucional, que tiene previsto un trámite administrativo, tesis que ha sido adoptada por esta Corporación en varios pronunciamientos³⁶.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COMUNICAR lo decidido a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

³⁵ M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez.

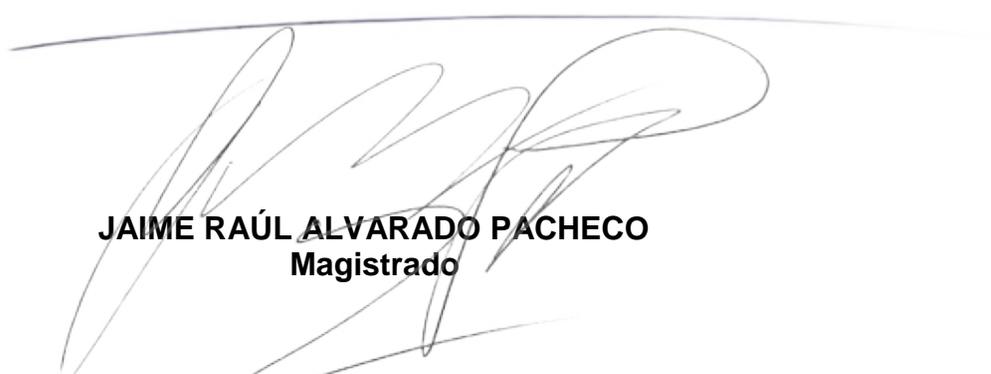
³⁶ Radicado 54-518-31-89-001-2018-00061-01 de fecha 20 de junio de 2018 M.P. JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO.
Radicado 54-518-31-12-001-2020-00048-01 de fecha 17 de julio de 2020 M.P. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS.

La presente decisión fue discutida y aprobada en Sala virtual el día 19 de septiembre de 2022.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado
(En permiso)

Firmado Por:

Nelson Omar Melendez Granados
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Juzgado De Circuito
Promiscuo 1 De Familia
Cucuta - N. De Santander

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

Código de verificación: **38cd4be6faad34cbd6d73e44a22a05e622a90ea99eea59816e156db23b84caa1**

Documento generado en 19/09/2022 11:49:49 AM

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