

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL
AGUSTÍN CODAZZI – CESAR
01prmpalcodazzi@cendoj.ramajudicial.gov.co
Calle 18 No. 13-07 Barrio Machiques. Tel: 035-5766077

Agustín Codazzi – Cesar, Septiembre Veinte (20) de Dos Mil Veintidós (2.022).

REF: Acción de Tutela promovida por la señora MILENYS BAUTISTA SUAREZ en representación de su hija LUCIANA USTARIZ BAUTISTA, en contra de FAMISANAR E.P.S. Vinculada: SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR. Radicación No: 200134089001-2022-00334-00.

ASUNTO A TRATAR

Aborda el Despacho la labor de proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda dentro de la presente Acción de Tutela promovida por la señora, MILENYS BAUTISTA SUAREZ en representación de su hija LUCIANA USTARIZ BAUTISTA, en contra de FAMISANAR EPS, habiéndose vinculado a la misma a la Secretaria Departamental de Salud del Cesar, en defensa de sus Derechos Fundamentales a la Vida en Condiciones Dignas, Seguridad Social y Salud, consagrados en los Artículos 1, 11, 48, y 49 de la Constitución Política, pretendiendo para ello, que se ordene a la entidad accionada FAMISANAR EPS, lo siguiente: **a).** _ Garantizar alojamiento y alimentación de la usuaria y su acompañante, para garantizar los tratamientos médicos de la menor.

Finca la accionante su solicitud, en los hechos relacionados en la misma, los cuales podemos enunciar de la siguiente manera:

- Que el pasado 23 de Diciembre de 2021 le asignaron por medio de Famisanar EPS una cita con especialista de epileptología en la ciudad de Bogotá
- Que el 25 de Abril le asignaron en IDIME Bogotá un estudio molecular de Rearreglos (HGC) el cual estuvieron desde el 24 al 29 de Abril en la ciudad de Bogotá S.A.
- Que para el día 8 de Junio la paciente tuvo control con epileptología y entrega de resultados
- Que para el día 3 al 11 de Octubre del 2022, tiene programado un PAQUETE DE CIRUGÍA DE EPILEPSIA FASE 1, con el fin de realizar una evaluación integral de la menor, razón por la cual presenta la nueva tutela.
- Que es la única persona que esta generando ingresos al hogar, debido a que su esposo está desempleado desde la pandemia, no cuenta con los recursos para cubrir el valor de alimentación y alojamiento.
- Que la atención médica exige mas de un día y en las consultas anteriores ha tocado asumir gastos, teniendo que buscar recursos prestando para poder asistir a la cita

La accionante aportó como pruebas de sus asertos, las siguientes: **a).** _ Copia de la historia clínica **b).** _ Copia de la orden médica. **c).** _ Constancia de ingreso al programa de Cirugía de Epilepsia **d).** _ Fotocopia de la Tarjeta de identidad **e).** _ Fotocopia de cedula del representante.

Por venir en legal forma la solicitud fue admitida mediante auto adiado el Nueve (9) de Septiembre del Dos Mil Veintidós (2.022), requiriéndose a la entidad accionada FAMISANAR EPS, y a la entidad vinculad Secretaria de Salud Departamental del Cesar, para que en el término de Dos (2) días contados a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio, se sirvieran rendir un informe sobre los hechos planteados por la peticionaria.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA Y VINCULADA

FAMISANAR EPS: _ La señora LILIA ROSA ARAUJO MAYA, en su aducida calidad de gerente zonal Valledupar de EPS FAMISANAR, al referirse a los hechos de la presente solicitud, señala que, la menor LUCIANA USTARIZ BAUTISTA, cuenta con otra acción de

tutela ante el JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE AGUSTIN CODAZZI, bajo Radicado 2001 340 89 002 2022 00227 00, por los mismos hechos y pretensiones de la presente acción de tutela, en consecuencia, solicita que la misma sea negada por temeridad.

SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL: El señor GUILLERMO ENRIQUE GIRON QUINTANA, en su aducida calidad de Secretario de Salud Departamental del Cesar, al referirse a los hechos de la presente solicitud, manifiesta que el transporte, procedimientos, y demás requeridos por la peticionaria para su representada, se encuentran incluidos dentro de las tecnologías con cobertura en el POS, a la luz de lo definido en la Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016, expedida por El MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, "Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)", la cual rige a partir del 1° de enero de 2017, y derogó las resoluciones 5592 de 2015, 001 de 2016 y demás disposiciones que le sean contrarias. Como petición solita que se declara la improcedencia de la presenta acción la Secretaria de Salud Departamental del Cesar, en merito a no haberle vulnerado o desconocido el derecho fundamental alguno a la señora MILENYS BAUTISTA SUAREZ.

JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE AGUSTÍN CODAZZI: el señor ROGGER JUNIOR CELSA RANGEL en su calidad de juez, al referirse a los hechos de la presente solicitud, informo que en su Despacho efectivamente se tramito la tutela promovida por MILENYS BAUSTISTA SUAREZ actuando en representación de Luciana Ustariz Bautista, con radicado 2022 00227, contra FAMISANAR EPS.

Agrega que, con respecto a la nueva acción de tutela, se percatan de la existencia de nuevas pruebas que determinan la necesidad del servicio y la constancia que emite la Fundación Hospital Pediátrico de la Misericordia Programa Cirugía de Epilepsia, mediante la cual consta los días en que la menor LUCIANA USTARIZ BAUTISTA SUÁREZ perdurará en la mentada fundación.

Finaliza la intervención advirtiendo que existen hechos diferentes y nuevas pruebas que determinen la necesidad del servicio requerido por la parte actora.

Una vez enunciados los antecedentes del caso y habiendo sido relacionado el acervo probatorio acopiado, procederemos a adoptar la decisión de fondo que en estricto derecho corresponda, previas las siguientes...

CONSIDERACIONES.

1._Competencia

Para esta casa judicial es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto – Ley 2591 de 1991 y artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, la competencia para conocer de la presente acción tutela recae en este despacho.

2._Legitimación de las partes

De conformidad con lo determinado en el Inciso Segundo del artículo 44 de la Constitución Política, que autoriza a cualquier persona para exigir de la autoridad competente la protección o el ejercicio pleno de los derechos del menor, y las directrices establecidas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, entre estas en la sentencia T-084 de 2.011, la señora MILENYS BAUTISTA SUAREZ, a pesar de no haber aportado prueba que demuestre la calidad de madre de la menor LUCIANA USTARIZ BAUTISTA, se encuentra legitimada para incoar la presente acción de tutela, en su representación, por ser la última la persona afectada con las presuntas omisiones de la entidad accionada; mientras que la accionada FAMISANAR EPS y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, por ser la primera la entidad a la cual la accionante le atribuye los actos omisivos que presuntamente vulneran los derechos fundamentales de su agenciado, y la segunda por haber sido vinculada a esta actuación, reúnen los presupuestos de legitimidad para comparecer en calidad de accionadas, dentro de este trámite tutelar.

3._ Problema jurídico y esquema de resolución

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a este despacho determinar los siguientes aspectos: *i)*_ La procedencia de la acción, y, *ii)* En el evento de que la acción sea procedente, establecer si la entidad accionada FAMISANAR EPS, al no autorizar el

alojamiento y alimentación para la menor LUCIANA USTARIZ BAUTISTA y su acompañante, vulneran los derechos cuya protección es deprecada, y de ser así, adoptar las medidas necesarias para su protección; o si nos encontramos ante la figura denominada "temeridad"

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta casa judicial procederá de la siguiente manera. (1). Se determinará inicialmente la procedencia de la acción. (2). Se referirá a los derechos fundamentales cuya protección se impetra. (3). Se referirá al Régimen Legal y Jurisprudencia Constitucional sobre la prestación por parte de la E.P.S. de los servicios respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud. (4). Abordaremos la normativa y la Jurisprudencia constitucional respecto a la concesión de viáticos para el paciente y un acompañante. 5). Se referirá a la temeridad y la cosa juzgada constitucional. 6). Se abordará el caso concreto.

3.1. _ Procedencia.

La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, de carácter preferente y residual, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y en algunos casos por particulares cuando estos se encuentren en alguna de las siguientes condiciones: a). Cuando cumplan funciones públicas o que estén encargadas de la prestación de un servicio público. b). Cuando sus acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo; y c). Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión respecto al particular. Se quiso limitar la procedencia de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que habiéndolo este no resulte eficaz en consideración a la situación particular que afronta el actor; o que se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En razón de lo anterior Nuestra Carta Política en su artículo 86 dispone:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

Se le quiso dar a esta herramienta constitucional un efecto inmediato y subsidiario al limitar su procedencia a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que, habiéndolo, esta se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Quiere lo anterior significar que la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección de los derechos fundamentales que procede i). Cuando el afectado no dispone de otro instrumento para su restablecimiento, ii). En caso de que el previsto no resulte eficaz, en consideración a la situación particular que afronta el actor y iii). Siempre que la intervención transitoria del juez de amparo resulte necesaria, para evitar o al menos mitigar un perjuicio irremediable. En el caso bajo estudio el Despacho no observa la existencia de otro medio eficaz de defensa que le permita al accionante obtener la protección del derecho presuntamente vulnerado, por lo tanto es factible pregonar de la acción incoada, su procedencia.

3.2. _ Derechos cuya protección se invoca.

3.2.1. _ Derecho a la Vida. Como quiera que dentro de los Derechos Fundamentales cuya protección se impetra se encuentra precisamente el derecho a la vida, es procedente señalar que esta garantía entraña no solo la obligación del Estado y de los particulares de preservar la existencia de la persona humana, sino, que encierra además el imperativo deber de asegurar que esa existencia que se busca preservar, se encuentre rodeada de las condiciones mínimas para que se ajuste a los requerimientos por lo menos indispensables para satisfacer las necesidades generadas en razón, precisamente del hecho de existir, en condiciones de dignidad, entendida esta como un derecho fundamental cuyos titulares son únicamente las personas humanas, y que tiene un triple objeto de protección: i). La Autonomía Individual, ii). Las condiciones materiales para el logro de una Vida Digna, y iii). La Integridad Física y Moral que resulte necesaria para lograr la inclusión social de una

persona excluida o marginada. En resumen, lo que protege el derecho a la Dignidad Humana es el derecho a vivir como se quiera, el derecho a tener una Vida Digna, y el derecho a vivir sin humillaciones. (Sent. T-881/02).

Ya sobre el mismo t3pico hab3a precisado el Alto Tribunal, en sentencia T-395 de 1.998, con ponencia del Doctor, Alejandro Mart3nez Caballero, lo siguiente:

"(..) Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biol3gica, sino a consolidar un sentido m3s amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noci3n es preservar la situaci3n existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible (..)."

3.2.2._ El car3cter fundamental del Derecho a la Seguridad Social.

En lo que atañe al derecho a la Salud y a la Seguridad Social, La Constituci3n Pol3tica consagra, en su art3culo 49, a la salud como un derecho Constitucional y un Servicio P3blico de car3cter esencial. De este modo, le impone al Estado la obligaci3n de garantizar a todas las personas la atenci3n que requieran. Asimismo, consagra la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de Promoci3n, Protecci3n y Recuperaci3n. A partir de dicha disposici3n, la Corte Constitucional ha reconocido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud es fundamental y *"comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel m3s alto posible de salud."*

En este sentido, la Declaraci3n Universal de Derechos Humanos, en su art3culo 25, estableci3:

"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, as3 como a su Familia, la Salud y el Bienestar, y en especial la Alimentaci3n, el Vestido, la Vivienda, la Asistencia M3dica y los Servicios Sociales Necesarios (...)."

Igualmente, la Observaci3n General 14 adoptada por el Comit3 de Derechos Econ3micos, Sociales y Culturales en el a3o 2000 expuso que el concepto de salud no se limitaba al derecho a estar sano ya que 3ste debe atender las condiciones biol3gicas y socioecon3micas de la persona, y los recursos con los que cuenta el Estado.

Respecto del Principio de Integralidad ha indicado que se encuentra consignado en el numeral 3º del art3culo 153 y el literal c) del art3culo 156 de la Ley 100 de 1993 y que impone la prestaci3n m3dica continua, "la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. De igual manera ha sostenido que:

"(..) La atenci3n y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad est3 afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quir3rgicas, pr3cticas de rehabilitaci3n, ex3menes para el diagn3stico y el seguimiento, as3 como todo otro componente que el m3dico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensi3n, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio p3blico de la seguridad social (...)."

Ahora bien, en los casos que el galeno tratante no establezca el conjunto de prestaciones que conforman la garant3a integral del Derecho a la Salud, "la protecci3n de este derecho conlleva para el Juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripci3n clara de una(s) determinada(s) patolog3a(s) o condici3n de salud diagnosticada por el m3dico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagn3stico en cuesti3n; o (iii) por cualquier otro criterio razonable. de este modo, el reconocimiento de la prestaci3n integral del servicio de salud debe ir acompa3ado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del Juez o Jueza de tutela, ya que

no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto que tratándose de: "(i) *sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros)*" y de (ii) "*personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios*".

Así las cosas, esa Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, aquellos "*indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad*" de forma que se "*garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona*". Es necesario resaltar que esta obligación resulta prioritaria para el caso de las personas que son más vulnerables por sus condiciones físicas (niños y adultos mayores) o enfermos mentales. (Sent. T-036/13).

En este orden de ideas conviene recordar que el derecho a la seguridad social fue definido por el artículo 48 de la Constitución Política como "*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*", obligándose el Estado a "*garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*".

Respecto de su carácter fundamental, la Corte ha reconocido que la satisfacción de su contenido, esto es, del Derecho a la Pensión y a la Salud, implica el goce de las demás libertades del texto constitucional, la materialización del principio de la Dignidad Humana y la primacía de los derechos fundamentales. Empero, el carácter fundamental del Derecho a la Seguridad Social no es suficiente para que proceda su amparo por medio de la Acción Constitucional de Tutela. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos previstos en los niveles legislativos y reglamentarios dispuestos para su satisfacción, por cuanto "*algunas veces es necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación*".

Así, es una obligación del Estado garantizar el Derecho Irrenunciable a la Seguridad Social de acuerdo con las normas que lo regulan, por cuanto éstas son las que determinan específicamente las prestaciones exigibles y la forma de acceder a las mismas. deber que correlativamente genera el derecho a los ciudadanos de exigir su cumplimiento en caso de vulneración o amenaza por medio de la Acción Constitucional de Tutela.

La Salud en la Constitución Política es definida, entre otras calificaciones, como un servicio público a cargo del Estado, un deber del ciudadano de procurar el propio cuidado integral, una garantía a todas las personas al acceso a los servicios de Promoción, Protección y Recuperación (artículo 49), un derecho fundamental de los niños (artículo 44), un servicio garantizado a las personas de la tercera edad (artículo 46), una prestación especializada para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (artículo 47), un bien constitucionalmente protegido en la comercialización de cosas y servicios (artículo 78) y un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme al principio de solidaridad social (artículo 95), de este modo, la salud constituye un pilar fundamental en el ordenamiento constitucional y ha sido reconocido por esa Corporación como un derecho fundamental susceptible de amparo por medio de la acción constitucional de tutela. El carácter fundamental del derecho a la salud radica en que al ser el individuo el centro de la actuación estatal y por ende al generarse frente al Estado la obligación de satisfacción y garantía de los bienes que promuevan su bienestar, la protección del derecho a la salud se constituye en una manifestación de bienestar del ser humano y por ende en una obligación por parte del Estado. Del mismo modo, el carácter fundamental del derecho a la salud se deriva al constituir su satisfacción un presupuesto para la garantía de otros derechos de rango fundamental. (Subrayas y negrillas ajenas al texto original).

3.2.3. El derecho fundamental a la salud

El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, el cual debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad, a todas las personas, siguiendo el principio de solidaridad, eficiencia y universalidad. Se encuentra regulado principalmente en los artículos 48 y 49 Superior, en la Ley Estatutaria Ley 1751 de 2015 y en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

Según la Ley Estatutaria 1751 de 2015, artículo 6º, dicha garantía constitucional comprende diferentes elementos y principios que guían la prestación del servicio, entre estos, los de accesibilidad, según el cual los servicios prestados deben ser accesibles física y económicamente para todos en condiciones de igualdad y sin discriminación (Literal c); continuidad, implica que una vez se haya iniciado la prestación de un servicio, *"este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas"* (Literal d); y oportunidad, que exige la no dilación en el tratamiento (Literal e).

3.3._Normatividad legal y jurisprudencia constitucional sobre la prestación por parte de las EPS de los servicios respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud.

El acceso a la Seguridad Social y a la Salud, es un derecho y a la vez es un servicio público que goza de especial protección por parte del Estado y es por ello que Nuestra Constitución Política en su artículo 48 dispone: *"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". "Se garantizará a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)"*

La misma Carta Fundamental, señala en su artículo 49: *"La atención de la Salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)"*.

La Ley ha sido consecuente con este precepto constitucional, y es así como en desarrollo de éste fue expedida la Ley 100 de 1.993 que en sus artículos 3º y 4º, predica:

"(...) DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social. Este servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley (...)".

"(...) DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control esta a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley. Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)".

En su artículo 7º precisa:

"(...) ÁMBITO DE ACCIÓN. El Sistema de Seguridad Social Integral garantiza el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios, en los términos y bajo las modalidades previstos por esta ley (...)".

De igual manera en su artículo 159 impone a las EPS la obligación de garantizar a sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio de salud, en los siguientes términos: *" 1._ La atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162, por parte de la Entidad Promotora de Salud Respectiva a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios adscritos 2._ ... (...)"*. La norma en comento, en su artículo 162 consagra los parámetros del Plan Obligatorio de Salud, de la siguiente manera:

"(...) PLAN DE SALUD OBLIGATORIO. El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las

familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan (...).

"(...) Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo de la presente Ley (...), para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables (...)".

Se desprende entonces de la normatividad consultada que las EPS, se encuentran en la obligación de garantizarle a sus afiliados el acceso al servicio público de la Seguridad Social en Salud, el cual además, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte adquiere la connotación de un derecho fundamental autónomo, para lo cual ha de suministrar a sus afiliados los servicios que se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud, sin la necesidad de trámites especiales o complejos. Servicios estos que contemplan, entre otros, el suministro de medicamentos, procedimientos, hospitalización, exámenes, tratamientos y toda la atención que estos requieran para atender y tratar la patología que padezcan, a fin de superarla o minimizar sus efectos. En lo que atañe a los casos en los cuales las EPS niegan a una persona determinado tratamiento, procedimiento, implemento médico o un medicamento específico por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha considerado que la acción de tutela procederá si se reúnen las siguientes condiciones: a)._ Que la falta del tratamiento, implemento, procedimiento o medicamento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales a La Vida, a la Integridad o a la Dignidad del interesado. b)._ Que no exista un medicamento, tratamiento o procedimiento sustituto o que, existiendo este, no obtenga el mismo nivel de efectividad para proteger los derechos fundamentales comprometidos. c)._ Que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido. d)._ Que el paciente se encuentre imposibilitado para acceder al tratamiento, procedimiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud; y e)._ Que el tratamiento o medicamento hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. "(...) *Excepcionalmente la tutela puede ser concedida, si la prescripción la hizo un médico particular, cuando debido a procedimientos administrativos de la ARS o EPS se vulneró el derecho al diagnóstico y el usuario tuvo que acudir a un médico externo (...)*".(Sent. T-835/05). (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

El principio de integralidad

Según el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el principio de integralidad, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con "*independencia del origen de la enfermedad o condición de salud*". En concordancia, no puede "*fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario*". Bajo ese entendido, ante la 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*".

En concordancia, la Sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual se realizó el control de constitucionalidad a la Ley 1751 de 2015, determinó que el contenido del artículo 8° implica

que *"en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de aquellos cubiertos por el Estado, esta se decanta a favor del derecho"* y cualquier incertidumbre se debe resolver en favor de quien lo solicita. En concordancia, 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"*.

Es importante precisar que en el proyecto de la Ley Estatutaria el mencionado artículo 8º contenía un párrafo, según el cual se definía como tecnología o servicio de salud aquello *"directamente relacionado"* con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Mediante la Sentencia C-313 de 2014 se estudió esta disposición, se puso de presente que en criterio de algunos intervinientes esta podría *"comprometer la prestación de servicios usualmente discutidos en sede de tutela"*, entre estos el *"financiamiento de transporte"*. Al respecto, la Corte señaló que, en efecto, implicaba una limitación indeterminada de acceso, en contradicción con los artículos 2º y 49 Superiores y, por consiguiente, la declaró inexecutable.

En concordancia, recientemente en las Sentencias T-171 de 2018 y T-010 de 2019 se precisó que el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. Así como para garantizar el acceso efectivo.

En esa medida se ha precisado que el Sistema de Seguridad Social en Salud, según el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, se estructura bajo el concepto de integralidad, que incluye la promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. Sin embargo, no se encuentran cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud aquellas tecnologías y prestaciones excluidas expresamente por el Ministerio de Salud y Protección Social, previo el procedimiento técnico-científico señalado en el mencionado artículo. Debe precisarse que las *exclusiones* son únicamente las determinadas por dicha cartera ministerial en las listas que emite, las cuales tienen un carácter taxativo y, en concordancia con el principio de integralidad, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva y, a la inversa, la interpretación y aplicación de las listas de *inclusiones* tienen que ser amplias.

Cabe destacar que cuando se trata de prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, pero que tampoco se encuentran expresamente excluidas, anteriormente, el sistema garantizaba el acceso a dichos servicios cuando: (i) el médico tratante ordenaba su realización; y, en el régimen subsidiado cuando además de la autorización médica se tuviera la (ii) aprobación del Comité Técnico Científico (CTC).

Este último requisito, es decir, la aprobación por parte del CTC fue eliminado mediante la Resolución 2438 de 2018 (el término para cumplir esa disposición, inicialmente, fue el 1º de enero de 2019, plazo ampliado, por medio de la Resolución 5871 de 2018, al 1º de abril de 2019). Actualmente, según el artículo 19 de la mencionada Resolución 2438 de 2018, *"(l)as IPS que se encuentren habilitadas de acuerdo con la normativa vigente, deberán conformar una Junta de Profesionales de la Salud en caso de que los profesionales de la salud de su planta de personal prescriban o presten tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios, con el fin de aprobar bajo criterios médicos, técnicos y de pertinencia, únicamente aquellas prescripciones de servicios complementarios, productos de soporte nutricional prescritas en el ámbito ambulatorio o medicamentos de la lista temporal de medicamentos con uso no incluido en registro sanitario en los términos previstos en los artículos 44 y 45 de este acto administrativo"*. Puntualmente, según se dispone en el artículo 20 *"(l)a obligatoriedad que tienen las IPS de conformar las Juntas de Profesionales de la Salud, está determinada por la prescripción o prestación de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios,*

por parte de los profesionales de la salud que conforman su planta o de acuerdo al cumplimiento de las normas de habilitación del SOGCS'.

3.4._ Normativa respecto a la Concesión de viáticos, los cuales comprenden alojamiento, alimentación, transporte interno e interdepartamental de ida y regreso para el paciente y un acompañante.

La Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016, en el artículo 126 del citado acto administrativo, establece:

"TÍTULO V TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES

ARTÍCULO 126. TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES. *El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:*

1 Movilización de pacientes con patología de urgencias desde 'el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

2 Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente. Asimismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

ARTÍCULO 127. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. *El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.*

PARÁGRAFO. *Las Entidades Promotoras de Salud -EPS- o las entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la Entidad Promotora de Salud -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 Entidad Promotora de Salud -EPS- o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial."*

En ese orden de ideas, el servicio de transporte se encuentra incluido en el POS y por tanto, se hace exigible mediante traslado acuático, aéreo y terrestre, a través de ambulancia básica o medicalizada, cuando se necesite para movilizar a los pacientes que requieran servicios de urgencia; desplazarse entre instituciones prestadoras de salud dentro del territorio nacional para recibir la atención de un servicio no disponible en la institución remitora, lo que igual sucederá en los casos de contrarreferencia; atención domiciliaria si su médico así lo prescriba; y trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios, cuando existiendo estos en el municipio de su residencia la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. A su vez, se contempla la posibilidad de acceder a un medio de transporte diferente a la ambulancia, cuando sea necesario para acceder a un servicio incluido en el POS no disponible en el municipio de residencia del paciente.

Frente a este tema, la Corte Constitucional ha identificado situaciones en las que el servicio de transporte o traslado de pacientes no está incluido en el POS y los procedimientos médicos asistenciales son requeridos con necesidad por parte del usuario del sistema de salud. En tales escenarios, la Corporación ha sostenido que el servicio de transporte se constituye en el medio para que las personas accedan a los servicios de salud necesarios

para su rehabilitación en los casos en que el servicio no se pueda brindar en el lugar de residencia del paciente cuya responsabilidad recae sobre él mismo o sobre su familia. Pese a ello, ha establecido que dicha responsabilidad se adscribe a las EPS cuando estos no tengan la capacidad económica de asumirlo. Al respecto, la Corte señaló (T-116A de 2013):

"Si bien el transporte y el hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado".

Atendiendo esta línea argumentativa, este Despacho encuentra que las EPS tienen la obligación de garantizar el transporte, además por estar cubierto por el POS cuando: "(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario".

3.5. De la temeridad y la cosa juzgada constitucional.

Con fundamento en el artículo 38 del Decreto 2591 de mil novecientos noventa y uno (1991), se entiende por temeridad la situación en que una misma persona presenta dos (2) o más acciones de tutela, con fundamento en los mismos hechos, contra las mismas partes y con las mismas pretensiones sin que exista alguna justificación para dicho actuar. Lo anterior busca ser una restricción al ejercicio indiscriminado de la acción de tutela, que evite la congestión del aparato judicial y el abuso del mecanismo preferente para la consecución de un interés particular, en abuso de una garantía constitucional

Sobre el particular ha expresado la Corte Constitucional:

(...) la Corte Constitucional ha establecido que la "temeridad" consiste en la interposición de tutelas idénticas, sin motivo expresamente justificado, contrariando el principio de buena fe previsto en el artículo 83 la Constitución Política; por lo tanto, su prohibición busca garantizar la eficiencia y prontitud en el funcionamiento del Estado y de la administración de justicia.

La sentencia T-009 de 2000 describió, la actuación temeraria como:

"(...) aquella contraria al principio constitucional de la buena fe (C.P., artículo 83). En efecto, dicha actuación, ha sido descrita por la jurisprudencia como "la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso." En estas circunstancias, la actuación temeraria ha sido calificada por la Corte como aquella que supone una "actitud torticera", que "delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa", que expresa un abuso del derecho porque "deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción", o, finalmente, constituye "un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia".

Ahora, también estableció dicha Corporación los requisitos para entender cuándo se configura un actuar temerario:

«Sin embargo, en sentencia T- 1103 de 2005 se reiteraron los parámetros ya fijados por esta Corporación a efectos de demostrar la configuración de la temeridad, dentro del curso de la acción de tutela, para lo cual se dispuso que era indispensable acreditar:

"(i) La identidad de partes, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales.

(ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa.

(iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental.

(iv) Por último, y como se dijo anteriormente, a pesar de concurrir en un caso en concreto

los tres (3) primeros elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación a través del desarrollo de un incidente dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción. Esta ha sido la posición reiterada y uniforme de esta Corporación, a partir de la interpretación del tenor literal de la parte inicial del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual: "Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes».⁸

En esas condiciones en los eventos en que se presentan los elementos constitutivos de la temeridad, es decir, identidad de partes, identidad de hechos, identidad de pretensiones y no existe justificación en la presentación de una nueva acción constitucional, la consecuencia jurídica por naturaleza es el rechazo de esta.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha definido los casos en los que se está frente al fenómeno de la cosa juzgada constitucional, que se diferencia fácilmente de la temeridad por el aspecto subjetivo, pues en la primera figura se predica un actuar doloso, desleal y de mala fe por parte de quien pretende el amparo constitucional, con el ánimo de defraudar la seguridad jurídica; mientras que, si estos presupuestos no concurren, se está frente al fenómeno de cosa juzgada constitucional.

3.5.1. CONFIGURACIÓN DE LA TEMERIDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

Al respecto, en cuanto a la temeridad en el ejercicio de la acción de tutela, reglada en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, la cual conllevaría a la improcedencia de la misma, la H. Corte Constitucional, en la sentencia T-229 de 2013, expuso:

"3.2.1.2. Ahora bien, para precaver afectaciones a la administración de justicia, cuyo funcionamiento se vería perjudicado si una persona, sin una justificación razonable, elevase la misma causa ante los jueces de la República, contra las mismas partes y buscando la satisfacción de idénticas pretensiones, el inciso primero del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, estableció la figura de la temeridad.

"Esta figura, entre otras finalidades, tiene por objeto la protección de la cosa juzgada en materia de tutela, que -según esta Corporación-, '(...) puede ser comprendida como lo decidido por una autoridad pública revestida de jurisdicción o, en otras palabras, lo que ha sido materia de una decisión judicial'. Lo anterior, en razón a que resultaría problemático para la sociedad que una persona, buscando satisfacer sus intereses, intentara alcanzar una pluralidad de pronunciamientos sobre un mismo conflicto a través de disímiles sentencias que podrían ser contradictorias, ya que la jurisdicción -convocada para poner fin a una controversia a través del derecho- no podría hacerlo con decisiones que entraran en colisión.

"Con tal objetivo, el mencionado artículo del Decreto 2591 de 1991 definió la temeridad bajo los siguientes parámetros: 'Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes'.

"Esta Corporación se pronunció sobre la exequibilidad de esta norma en la Sentencia C-054 de 1993 y la declaró ajustada a la Constitución, bajo las siguientes consideraciones: 'esta Corporación reitera aquí lo que ya ha establecido en Sala de Revisión de Tutela, a propósito de la actuación temeraria, cuando sostuvo que con base en los artículos 83, 95 y 209 de la Constitución, la actuación temeraria debe ser controlada en aras de lograr la efectividad y agilidad en el funcionamiento del Estado. En aquella oportunidad esta Corporación sostuvo que el abuso desmedido e irracional del recurso judicial, para efectos de obtener múltiples pronunciamientos a partir de un mismo caso, ocasiona un perjuicio para toda la sociedad civil, porque de un 100% de la capacidad total de la administración de justicia, un incremento en cualquier porcentaje, derivado de la repetición de casos idénticos, necesariamente implica una pérdida directamente proporcional en la capacidad judicial del Estado para atender los requerimientos del resto de la sociedad civil'.

(...) "3.2.1.4. En este orden de ideas, la actuación temeraria se configura cuando concurren tres elementos, a saber: identidad de causa, identidad de partes e identidad de pretensiones. En este sentido, esta Corporación, reiterando su jurisprudencia, en la Sentencia T-727 de 2011 señaló que se estructura la actuación temeraria cuando se

presenta '(i) una identidad en el objeto, es decir, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental; (ii) una identidad de causa petendi, que hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa; y, (iii) una identidad de partes, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado'.

"Con todo, la sola concurrencia de tales elementos no conlleva el surgimiento automático de la temeridad que, como ya se dijo, tiene por consecuencia la inviabilidad procesal de la acción de tutela. Así, siguiendo lo establecido en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, a pesar de la identidad de causa, objeto y pretensiones, el accionante debe carecer de un motivo justificado y expreso para incoar la acción constitucional. Al respecto, reiterando la jurisprudencia de esta Corporación, en la Sentencia T-919 de 2003 se apuntó que: 'Cuando en un proceso aparezca como factible la declaración de improcedencia en virtud de una posible identidad de partes, hechos y pretensiones, el juez tiene el deber de verificar que tal posibilidad en efecto se configure en el caso concreto y adicionalmente que no existe una causa razonable para hacer uso nuevamente de la acción, en el caso de que efectivamente se presente la identidad'.

"Se trata entonces de dos supuestos, por una parte, que el juez de tutela no se haya pronunciado sobre las pretensiones reales de la demanda y, por la otra, que aparezcan nuevos hechos o que los mismos fueran desconocidos en ese momento por la parte actora. Lo anterior fue explicado en la sentencia T-1022 de 2006 de la siguiente manera: 'una tutela no puede interponerse más de una vez con base en los mismos hechos, derechos y con las mismas partes sin que opere una causa expresa y razonablemente justificada, y basta con que uno solo de los presupuestos para que se configure la temeridad no se dé, para que el juez se encuentre en la obligación de fallar en derecho tal y como la Constitución y las leyes lo ordenan. Más aún si no se produjo un pronunciamiento concreto sobre lo que en verdad pretende el accionante, situación que puede darse, porque los jueces, en tanto seres humanos, son falibles, y las personas que acuden a la administración de justicia no pueden verse perjudicadas por dichas equivocaciones.

"3.2.1.5. Por lo demás, la temeridad puede dar lugar a la imposición de una sanción, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil, como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación. Sin embargo, está no se genera si 'el ejercicio de las acciones de tutela se funda: (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de improcedencia de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera temeraria y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante'.

"3.2.1.6. En suma, cuando quiera que una persona acuda ante el juez constitucional para que éste resuelva idéntica causa, busque la satisfacción de idénticas pretensiones y demande a la misma parte, salvo que exista un motivo expreso y razonable, deberá declararse la improcedencia de la acción de tutela. En caso de que tal actuación no haya obedecido a la ignorancia, al asesoramiento errado o a un estado de indefensión, además de tal declaratoria, deberá sancionarse a quién obró con temeridad".

De conformidad con la jurisprudencia citada, cuando el juez de tutela encuentre que la persona, sin justificación razonable, a través de la acción de tutela pone en conocimiento de diferentes autoridades judiciales, una situación que guarda identidad en el objeto, identidad de partes, hechos y pretensiones, incurre en temeridad

Asimismo, en el evento de llegarse a determinar que el accionante ha desplegado actuaciones temerarias, el Juez deberá iniciar las medidas sancionatorias dispuestas en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 y artículos 80 y 81 del Código General del Proceso, a menos que el ejercicio de la acción de tutela se funde en: i) en la ignorancia del accionante; ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho.

3.6_ Caso Concreto.

En el evento que nos ocupa, del caudal probatorio compendiado, especialmente de lo manifestado en la solicitud por parte del accionante puede inferirse sin hesitación alguna, que la situación planteada por la accionante consiste en que esta depreca de esta casa judicial, se ordene de manera inmediata a la accionada FAMISANAR EPS, proceda a autorizar para la paciente LUCIANA USTÁRIZ BAUTISTA y su acompañante, los gastos de Alojamiento y Alimentación, para realizarse el procedimiento ordenado los días Tres (3) al Once (11) de Octubre del 2022, en la ciudad de Bogotá S.A.

Por su parte, la gerente zonal Valledupar de FAMISANAR EPS, señala que los hechos y pretensiones objeto de la presente acción de constitucional, ya fueron materia de estudio en otra acción de tutela en el JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUJICIPAL DE AGUSTIN CODAZZI, bajo Radicado 2001 340 89 002 2022 00227 00, donde se negaron los derechos deprecados, y en consecuencia solicita la improcedencia de la acción constitucional por temeridad.

En este estado de cosas, ha de tenerse en cuenta entonces, que, tal como se desprende del acervo probatorio compendiado, a la menor LUCIANA USTARIZ BAUTISTA, le fue ordenado por su médico tratante especialista en Epileptología, para el manejo y tratamiento de su patología consistente en Epilepsia y Síndromes epilépticos sintomáticos relacionados con localizaciones (focales)(parciales) y con ataques parciales complejos, la atención y procedimiento consistentes en paquete de Cirugía de Epilepsia Fase 1, el cual fue autorizado y remitido a la Fundación Hospital la Misericordia, habiendo fijado Evaluación Integral para la menor los días 3 al 11 de Octubre de la actual anualidad, en la ciudad de Bogotá D.C. sin embargo la representante de la accionada, al referirse sobre los hechos y pretensiones de la solicitud refiere de la existencia de temeridad por la accionante.

Por lo que, lo primero a determinar entonces, es si la accionante, incurre o no en una actuación temeraria, puesto que, tal como lo manifiesta la accionada, la señora MILENYS BAUTISTA SUAREZ en representación de su hija LUCIANA USTARIZ BAUTISTA ha presentado acción de tutela anterior contra la EPS FAMISANAR, referente al mismo tema, sobre lo cual reposa escrito y fallo de tutela del JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUJICIPAL AGUSTÍN CODAZZI – CESAR.

Se tiene entonces que en fallo de tutela de fecha Trece (13) de Julio del Dos Mil Veintidós (2.022) proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Agustín Codazzi – Cesar, dentro del radicado 2001 340 89 002 2022 00227 00, donde el Juez no tuteló los derechos de la accionante, por cuanto no tenía autorización, fecha y lugar para el procedimiento, por otro lado, se encuentra que en este trámite se adjunta nuevos elementos probatorios, como la pre- autorización de servicios (POS) 267-89646898, y la Constancia de ingreso al programa de Cirugía de Epilepsia, expedido por la Fundación Hospital Pediátrico la Misericordia.

En lo que respecta a la temeridad deprecada por la accionada, se advierte que si bien se podría encontrar una identidad de causa y de partes, la presente acción se da en razón a la presentación de nuevos elementos objetos de valoración por parte de este fallador, ya que ahora determina los días y el lugar donde se efectuará el tratamiento ordenado por el médico tratante, situación que no fue planteada en la acción constitucional anterior y fue la razón por la que no accedieron a tutelar los derechos deprecados por la accionante.

Así las cosas, se puede establecer que la demandante no actuó de forma temeraria, y se encuentra procedente el estudio del amparo por lo que entra el despacho a analizar si se han garantizados los derechos fundamentales de la menor LUCIANA USTARIZ BAUTISTA, de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente digital.

Por lo que, en el asunto que nos ocupa cabe resaltar que la salud es sin duda alguna un derecho fundamental de especial protección, lo cual reclama como vulnerado la accionante respecto de LUCIANA USTARIZ BAUTISTA quien viene siendo valorada por profesionales de la medicina Especialista en Epileptología, bajo este panorama no cabe duda que este caso debe ser tratado de manera preferente, por una persona que tiene una condición de

vulnerabilidad debido a la patología sufrida y por ser una menor de edad, por lo que goza de una protección especial de acuerdo a lo consagrado en la Constitución Política. Resulta oportuno resaltar que en el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurarles su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, constituye un derecho fundamental del cual son titulares todos los ciudadanos del territorio Nacional y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado. En cuanto a su connotación jurídica como derecho, se destaca que, dado el desarrollo jurisprudencial, específicamente desde la sentencia T-016 de 2007, se considera un derecho fundamental autónomo en los siguientes términos:

"(...) resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud - supuestamente no fundamental - con el derecho a la vida u otro derecho fundamental - supuestamente no prestacional."

De entrada y sin dubitación alguna se advierte que debe ser amparado el derecho fundamental a la salud y a la vida deprecado en la presente acción constitucional, por encontrarse elementos necesarios y suficientes para ello, es de vital importancia resaltar que la paciente LUCIANA USTÁRIZ BAUTISTA, ha venido siendo atendida por los profesionales de la medicina quienes han ordenado, tratamientos y valoraciones para mejorar su calidad de vida, tal como se puede observar en la Historia Clínica aportada a este trámite, no obstante, la omisión de la eps en suministrar los gastos por concepto de viáticos que relama la accionante para que su agenciada pueda acceder a la atención y procedimientos necesarios para el manejo de su patología, denota un desinterés absoluto por la salud de sus usuarios, y en razón a ello este Despacho no puede omitir que en realidad la accionada ha demostrado una omisión en el cumplimiento de sus deberes como empresa prestadora de salud, cuya finalidad debe ser garantizar el bienestar de todos sus usuarios, por lo que este Despacho ya en múltiples decisiones le ha requerido para el cumplimiento de su deber, imponiendo la carga a la señora a la accionante de asumir los gastos por concepto de viáticos (transporte, alojamiento y alimentación) hasta la ciudad de Bogotá D.C, o donde sea remitida para suministrársele la atención indicada, lo que en un primer momento podría convertirse en una barrera para el acceso eficaz a la salud.

En conclusión, mientras se le siga negando el suministro de los gastos por concepto de viáticos para la menor LUCIANA USTARIZ BAUTISTA y su acompañante, en el evento en que la atención sea prestada en una ciudad distinta a su lugar de domicilio, se le continúa vulnerando sus derechos fundamentales a la vida en condiciones de dignidad y seguridad social en salud, cuyo amparo es deprecado, servicio este al que el paciente tiene el derecho a acceder habida consideración a la precaria situación económica que deleva padecer, y a sus condiciones personales que la colocan bajo las circunstancias establecidas por la Corte Constitucional para que proceda la asunción de dichos gastos por parte de la EPS accionada, por lo que la desidia de la entidad demandada en autorizar el suministro de los gastos por concepto de viáticos, desconoce la normatividad vigente, la Jurisprudencia Constitucional al respecto y el mandato constitucional que nos obliga a darle a las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta por padecer grave desmedro de su salud, como en este evento, una protección especial y reforzada, omisión esta que, además de mantener a la afectada en un completo e injustificable estado de iniquidad, se traduce en una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales antes anotados, cuya protección es deprecada, haciendo procedente la concesión del amparo solicitado, razón por la cual se le ordenará al señor representante legal de la entidad accionada FAMISANAR EPS, en esta ciudad, o en la ciudad a la que se encuentre adscrito este municipio, o a quien haga sus veces, deberá suministrarle, con una antelación de Cuarenta y Ocho (48) horas por lo menos, los gastos por concepto de viáticos (transporte de ida y regreso, transporte interno, alimentación y alojamiento en la ciudad de prestación del servicio), para la paciente y un acompañante, a la ciudad de Bogotá D.C, o la ciudad donde sea direccionado el tratamiento consistente en paquete de Cirugía de Epilepsia Fase 1, los días Tres (3) al Once (11) de Octubre de la actual anualidad. Igualmente, se le provendrá para que, en lo sucesivo, se

abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron origen a la presente acción de amparo.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO MUNICIPAL DE AGUSTÍN CODAZZI - CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. _ Conceder el amparo tutelar a los derechos fundamentales a la Vida en Condiciones de Dignidad y Seguridad Social en Salud, de la paciente **LUCIANA USTARIZ BAUTISTA**, solicitado por la señora **MILENYS BAUTISTA SUAREZ.** En consecuencia se les ordena al señor Representante Legal, de la entidad accionada **FAMISANAR EPS** en esta ciudad, o en la ciudad a la que se encuentre adscrito este municipio, o a quien haga sus veces, deberá suministrarle, con una antelación de Cuarenta y Ocho (48) horas por lo menos, los gastos por concepto de viáticos (transporte de ida y regreso, transporte interno, alimentación y alojamiento en la ciudad de prestación del servicio), para la paciente y un acompañante, a la ciudad de Bogotá D.C, o la ciudad donde sea direccionado el tratamiento consistente en paquete de Cirugía de Epilepsia Fase 1, los días Tres (3) al Once (11) de Octubre de la actual anualidad.

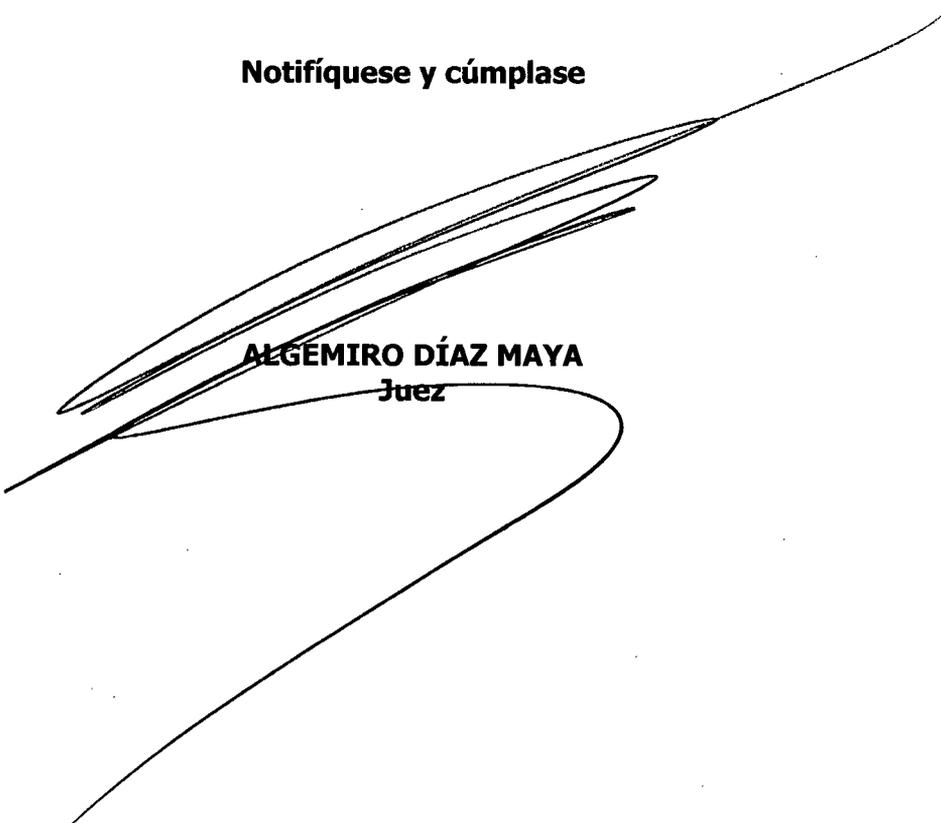
Segundo. _ Prevenir al Representante Legal de la entidad accionada para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron origen a la presente acción de amparo.

Tercero. _ Notifíquese este fallo a las partes intervinientes por el medio más expedito (art. 16 del Decreto 2591 de 1991).

Cuarto.- Contra esta decisión procede el recurso de impugnación. Si no fuere impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Quinto: Por secretaría, hágasele el seguimiento al cumplimiento de las ordenes impartidas en el presente fallo

Notifíquese y cúmplase



ALGEMIRO DÍAZ MAYA
Juez