TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL – FAMILIA

MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA
Magistrado Ponente

Segunda Instancia
Rad. Único: 13001311000420230018201
Accionante: Kellys Meléndez Pájaro
Accionado: Nueva EPS

Cartagena de Indias D.T. y C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Aprobado en Acta No. 115

Procede la Sala a pronunciarse respecto de la impugnación del fallo de 4 de mayo de 2023, proferido por el JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE CARTAGENA, dentro de la acción de tutela promovida por KELLYS MELÉNDEZ PÁJARO contra la NUEVA EPS.

I. ANTECEDENTES

1. La reclamante de amparo promueve acción de tutela con el propósito de que se le amparen sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y derecho de petición presuntamente quebrantados por la entidad accionada.

Como fundamento de la acción se compendia:

a. Se encuentra afiliada al SGSS en el régimen contributivo a través de la NUEVA EPS.

b. Que padece del síndrome del manguito rotador y abducción dolorosa en el hombro, por lo que su médico tratante el 22 de agosto de 2022 le ordenó *"SUTURA DEL MANGUITO ROTADO VÍA ENDOSCÓPICA, INOVECTOMÍA DE HOMBRO TOTAL POR ARTROSCOPÍA Y ACROPLASTÍA – INCLUYE RESECCIÓN, CALCIFICACIONES"*

c. El 23 de febrero de 2023, le fue autorizado el procedimiento quirúrgico denominado SUTURA DEL MANGUITO ROTADOR VÍA ENDOSCÓPICA en la SOCIEDAD SAN JOSÉ DE TORICES, quedando pendiente el resto de los procedimientos.

d. En razón a lo anterior, el 7 de marzo de 2023 elevó un derecho de petición ante la NUEVA EPS, ya que requiere ser intervenida quirúrgicamente, empero, solo obtuvo respuesta por parte de la SOCIEDAD SAN JOSÉ DE TORICES, quien le manifestó que ellos no prestaban dichos servicios.

e. La NUEVA EPS, el 13 de marzo de 2023 le autorizó nuevamente los servicios requeridos, direccionándola a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, quien alegó no tener un proveedor de suministro.

f. Arguye que las órdenes expedidas por el médico tratante están próximas a vencerse, sin que la EPS y la IPS le den una solución a su patología.

2. Notificada oportunamente la acción de tutela, se presentaron los siguientes informes:

2.1. *ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE:* manifiesta que en la actualidad no tiene habilitado la prestación del servicio de cirugía ARTROSCÓPICA, por lo que le corresponde a la EPS garantizar la continuidad y el manejo del tratamiento médico.

2.2. *CLÍNICA SOCIEDAD SAN JOSÉ DE TORICES S.A.S.:* alega que el procedimiento requerido por la accionante no puede ser realizado en esa institución hospitalaria, ya que carecen del equipo ARTROSCOPIO requerido para tal procedimiento.

2.3. ADRES, SUPERSALUD, ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA, CLÍNICA CARTAGENA DEL MAR, MINISTERIO

NACIONAL DE SALUD y el DADIS: solicitaron su desvinculación del trámite de tutela, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.4. *NUEVA EPS:* afirma que dentro del expediente de tutela no existen elementos materiales probatorios, que demuestren que la accionante ha recibido respuesta negativa por parte de la entidad en la realización de los procedimientos médicos requeridos. Que la accionante no ha presentado ninguna queja o reclamo como indicio de que haya requerido el servicio y la entidad se lo haya negado, por lo tanto, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela.

En réplica a lo manifestado por la accionada, la actora alega que hay una negación tácita en cuanto a la autorización y realización de los procedimientos quirúrgicos. Por otro lado, indicó que la NUEVA EPS le asignó cita médica con la especialidad en ortopedia y traumatología para el 17 de mayo de 2023, en la sede principal del Centro de Ortopedia y Rehabilitación Ortovital Integral S.A., de la ciudad de Barranquilla, empero, que para nada se pronunció respecto de los gastos de traslado.

II. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Negó el amparo de los derechos fundamentales de la accionante por hecho superado, habida cuenta que la NUEVA EPS le asignó cita con el especialista en ortopedia y traumatología para el 17 de mayo de 2023, en la sede principal del Centro de Ortopedia y Rehabilitación Ortovital Integral S.A., de la ciudad de Barranquilla, debido a que las IPS de la ciudad de Cartagena no cuentan con el equipo necesario para llevar a cabo el procedimiento médico solicitado.

En cuanto al pago de los gastos de transporte y alimentación, consideró la *a quo* que no existe prueba de la imposibilidad económica de asumirlos, razón por la que no accedió a tal pretensión.

III. LA IMPUGNACIÓN

La accionante disintió de la anterior decisión, argumentando, en síntesis, que la respuesta de la NUEVA EPS se torna incompleta ya que para nada se dice del cubrimiento de los gastos de transporte y alimentación requeridos para asistir a la consulta en la ciudad de Barranquilla, por lo que tendría iniciar otro trámite administrativo para exhortarlos, lo cual obstaculiza la prestación del servicio de salud.

IV. CONSIDERACIONES

1. La tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio Colombiano, prevista en el artículo 86 de la Constitución Nacional, conforme a la cual toda persona tendrá acción para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos previstos en la ley, siempre y cuando no proceda otro mecanismo judicial de defensa.

Y en efecto, uno de esos derechos fundamentales, es el derecho a la **salud**, previsto en el artículo 49 de la Constitución Nacional así: *"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"*, el que debe entenderse no sólo como un medio que permite el resguardo de la vida, es decir, como un derecho conexo a éste, sino como un verdadero derecho fundamental autónomo, ya que se ha dicho es "*un derecho fundamental que coadyuva a la realización de la dignidad humana y de la existencia en condiciones dignas". (referencia)*

En el presente caso, se observa que KELLYS MELÉNDEZ PÁJARO, es una paciente con 50 años, que según su historial clínico presenta *"LESIÓN DEL SUPRAESPINOSO, CON MARCADA LIMITACIÓN FUNCIONAL, PARESIA",* motivo por el cual requiere de la realización de la reparación del mismo por vía ARTORSCÓPICA y, para ello solicita en el escrito de réplica, se le brinde traslado desde su domicilio hasta el lugar donde va a tener la cita con el especialista en ortopedia, a lo que la NUEVA E.P.S. ha guardado silencio.

2. Y este es un tema **recurrente** de las Entidades Promotoras de Salud, especialmente, de la **NUEVA EPS,** en donde la Corte Constitucional ha venido ordenando desde el año 2003[1], la financiación de los gastos de desplazamiento y hospedaje de los pacientes para facilitarle el acceso a los servicios de salud que requirieran, apoyado en el principio constitucional de **solidaridad**, consagrado en el numeral 2º del artículo 95 de la Constitución Política, que impone a toda persona el deber de responder *"…con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas*". Así ha dicho:

> "*si bien el transporte y 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"*[2] .

Luego, bajo la vigencia del Acuerdo 008 de 2009, la Corte destacó que la obligación de asumir el transporte medicalizado o gastos de traslado para el paciente con un acompañante y su estadía

---

[1] Sentencias T-350-03, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-745-04, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-962-05, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-200-07 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-201-07, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T- 1019-07, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-212-08, M. P. Jaime Araújo Rentaría, T-642-08, M. P. Nilson Pinilla, T-391-09, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-716-09, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-834-09, M. P. María Victoria Calle Correa, T-019-10, MP. Juan Carlos Henao Pérez, y T-845-11, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[2] Sentencia T-760 de 2008 M.P Manuel José Cepeda Espinosa, T-022 de 2011 y T-481 de 2011

le corresponde al Estado directamente, o a través de la Entidad Prestadora del Servicio de Salud.[3]

3. Además, ha recalcado que es procedente la acción de tutela para solicitar el traslado en ambulancia o **subsidio de transporte**, incluido el hospedaje para el paciente en los eventos que el servicio esté excluido del POS, siempre que se verifique: "(i) *que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona*; (ii) *ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y* (iii) *de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario*.[4]

De igual manera, ha garantizado la posibilidad para que se otorguen los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando sea necesario, señalando también reglas para que proceda la financiación de dichos gastos cuando: *"(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado"*

En el caso específico, la Sala considera que, la reclamante de amparo necesita que la NUEVA EPS asuma el costo del traslado de la accionante a la ciudad de Barranquilla, habida cuenta que en su domicilio no hay IPS que le suministre los servicios y/o procedimientos médicos requeridos.

4. Ahora, para establecer la incapacidad económica del paciente, la jurisprudencia constitucional ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación civil, referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia

[3] Sentencia T-019 de 2010 M.P Juan Carlos Henao Pérez.
[4] Sentencia T 962 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

jurídica que persigue, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una **negación indefinida que no requiere ser probada** y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar lo contrario[5]; situación que se echa de menos dentro del plenario.

Por lo anterior, esta Colegiatura revocará el fallo objeto de impugnación, bajo el entendido de que si procedente el amparo constitucional solicitado en cuanto a los gastos de transportes y alojamiento de la reclamante de amparo.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil – Familia, administrando justicia y en nombre de la República de Colombia.

VI. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 4 de mayo de 2023, proferido por el JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE CARTAGENA, por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: CONCEDER el amparo de tutela promovida por KELLYS MELÉNDEZ PÁJARO contra la NUEVA EPS.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si no lo hubiere hecho, reconozca y pague los gastos de transportes y alojamiento que requiera la accionante KELLYS MELÉNDEZ PÁJARO para trasladarse a la sede principal del Centro

[5] Corte Constitucional. Sentencia T 206 de 2008 M.P Clara Inés Vargas Hernández.

de Ortopedia y Rehabilitación Ortovital Integral S.A., de la ciudad de Barranquilla.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio que la secretaría considere más expedito y eficaz.

QUINTO: ENVIAR la actuación a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, con observancia del término previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE[6]

[6] La presente sentencia, contiene la firma electrónica colegiada de los Magistrados que integran la Sala de Decisión.

Firmado Por:

Marcos Roman Guio Fonseca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

John Freddy Saza Pineda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Oswaldo Henry Zárate Cortés
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Bolivar

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: **3c9cd0430527721052e566bcbb9a8fa1143ce9c22ae212d1918fd1de439b5f66**
Documento generado en 19/05/2023 08:46:36 AM

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