



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

ACCIÓN DE TUTELA PARA AUTORIZAR INSUMOS MÉDICOS Y TRANSPORTE A FAVOR DE NIÑA CON LEUCEMIA LINFOIDE AGUDA – TRATAMIENTO INTEGRAL PARA NIÑOS CON CÁNCER: Es completamente viable, ordenar un tratamiento integral dentro del cual está claramente incluidos los insumos y gastos de transporte.

Así pues, basta tan solo con retomar el análisis jurisprudencial y normativo referido en precedencia, así como las circunstancias fácticas que motivaron la presentación de esta demanda de tutela, para advertir con suficiencia que, en este caso, es completamente viable, ordenar un tratamiento integral dentro del cual está claramente incluidos los insumos y gastos de transporte a favor de la menor SARAY NICOLLE DE LA HOZ ALFONSO y su acompañante.

ACCIÓN DE TUTELA PARA AMPARAR TRATAMIENTO INTEGRAL PARA NIÑOS CON CÁNCER - PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA: Excepción de inconstitucionalidad para inaplicar los preceptos propios del numeral 57 de la Resolución 244 de 2019, cuando se advierta que la misma es incompatible con la Constitución.

Es cierto, como lo indica la EPS, que la Resolución 244 de 2019 calificó como prestaciones excluidas del plan de beneficios en salud, en el numeral 57, “Las toallas higiénicas, los pañitos húmedos, el papel higiénico y los insumos de aseo”; por tratarse de elementos que, en esencia, no pueden ser considerados como necesarios e idóneos para la superación de la enfermedad y, como tales, parte del tratamiento médico; sin embargo, de antaño, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que, aunque es cierto que tales elementos por sí solos no contribuyen a la recuperación o cura definitiva de la patología del paciente, si tienen incidencia en el derecho a la dignidad humana, pues le permite sobrellevar su tratamiento en condiciones mínimas de salubridad. Y es precisamente basados en el principio de Dignidad Humana, que la Corte Constitucional ha venido dando aplicación a la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar los preceptos propios del numeral 57 de la Resolución 244 de 2019, cuando se advierta que la misma es incompatible con la Constitución, atendiendo las específicas condiciones del caso en particular.

ACCIÓN DE TUTELA PARA AMPARAR TRATAMIENTO INTEGRAL PARA NIÑOS CON CÁNCER – SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN AL QUE SE LE NIEGAN INSUMOS MÉDICOS POR ESTAR EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS: Orden de amparo pues le fueron directamente ordenados por el médico tratante y se requieren con urgencia directamente para el tratamiento de la enfermedad.

Fíjese, entonces, que los insumos médicos que la EPS asegura están excluidos del Plan de Beneficios, fueron directamente ordenados por el médico tratante, por ser necesarios no solo para mantener la higiene de la menor de edad, sino para evitar complicaciones en virtud de la grave enfermedad que padece, pues, en lo que refiere a dichos insumos, se trata de una afección que genera necrosis de sus tejidos blandos, especialmente en la zona perianal y que, como deviene apenas lógico, debe ser tratada con el mayor cuidado para evitar el avance de la misma. Lo anterior demuestra, sin mayor dificultad, que los insumos ordenados se requieren con urgencia directamente para el tratamiento de la enfermedad y como tales, no es dable tratarlos como elementos de tipo estético o de simple aseo personal, pues los mismos no solo garantizan que la menor, que por demás es considerada sujeto de especial protección, pueda sobrellevar su enfermedad en condiciones dignas, sino que, indefectiblemente son requeridos para su recuperación.

ACCIÓN DE TUTELA PARA AMPARAR TRATAMIENTO INTEGRAL PARA NIÑOS CON CÁNCER – ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA DEL ACCIONANTE: La situación económica del accionante no le permite asumir el pago de los insumos médicos que requiere su hija para el tratamiento y recuperación de la enfermedad que padece.

Y aunque es claro que en este caso la menor se encuentra afiliada en el régimen contributivo de salud, ello por sí solo no evidencia su capacidad económica, claro es cierto que no se puede presumir incapacidad como sucede en el caso del régimen subsidiado, pero ello obliga a que sea el accionante, quien demuestre de manera concreta la ausencia de capacidad de pago. En el subjuicio, el señor JESÚS JOSÉ DE LA HOZ demostró que su nivel de afiliación al régimen contributivo se encuentra en el rango 1 de salario, estos es, inferior a 2 smmlmv, y según certificación laboral de SENCOSUD, su asignación básica mensual corresponde a \$1.012.700; asimismo, señaló el agente oficioso, que es el único que responde económicamente por su hogar,



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

Relatoría

debido a que su esposa y madre de la menor SARAY NICOLLE, debe dedicarse al cuidado exclusivo de la niña, hecho que es apenas evidente con los diagnósticos ya referidos; aunado a ello, la pareja cuenta con dos hijos menores de edad, por los que también debe responder económicamente, y se encuentran asumiendo el pago de cuotas bancarias, en virtud de los préstamos adquiridos para la compra de vivienda de interés social, según informó, cuotas que sobrepasan los quinientos mil pesos mensuales, sin tener en cuenta los pagos informales que, adujo, tiene que realizar por los créditos que para la misma finalidad adquirieron su esposa y su suegro.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Boyacá
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE SANTA ROSA DE VITERBO**
“Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación”
Ley 1128 de 2007
SALA ÚNICA

ACTA DE DISCUSIÓN DE PROYECTOS No. 074

En Santa Rosa de Viterbo, a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), se reunieron los suscritos Magistrados integrantes de la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial, LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO, JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL y EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA, quien preside el acto como Magistrado Ponente, con el fin de discutir el siguiente proyecto:

1.- ACCIÓN DE TUTELA No 15759-31-84-002-2020-00094-01 de JESÚS JOSÉ DE LA HOZ DE LA HOZ Representante Legal de SARAY NICOLLE DE LA HOZ ALFONSO contra NUEVA EPS. Abierta la discusión, se dio lectura al mencionado proyecto, el cual fue aprobado por unanimidad.

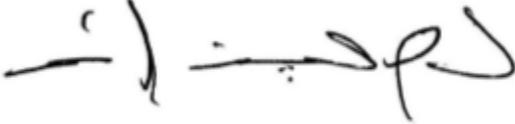
En constancia se firma por los intervinientes.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2.007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN	: 15759-31-84-002-202000094-01
ACCIONANTE	: JESÚS JOSÉ DE LA HOZ DE LA HOZ
ACCIONADO	: NUEVA EPS
DECISIÓN	: ADICIONA
APROBACIÓN	: ACTA DE DISCUSIÓN N° 075
MAGISTRADO PONENTE	: EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

ASUNTO A DECIDIR:

La impugnación formulada por el apoderado especial de la NUEVA E.P.S. S.A., OSCAR EDUARDO SILVA GÓMEZ, contra la sentencia del 19 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de Sogamoso dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES Y HECHOS DE LA DEMANDA DE TUTELA:

JESÚS JOSÉ DE LA HOZ DE LA HOZ en representación de su menor hija SARAY NICOLLE DE LA HOZ ALFONSO interpuso demanda de tutela pretendiendo el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, integridad física y la seguridad social, los cuales considera vulnerados por las omisiones de la NUEVA EPS para garantizar el tratamiento asistencial que requiere la menor.

Funda la demanda en los siguientes **HECHOS**:

1.- La menor de edad SARAY NICOLLE DE LA HOZ ALFONSO, desde el año 2013, fue diagnosticada con LEUCEMIA LINFOIDE AGUDA, con complicación gangrena

Fornier, múltiples infecciones, cirugías reconstructivas perianales, entre otras, por lo que ha sido manejada con quimioterapias en el Hospital de la Misericordia -HOMI-

2.- En virtud del diagnóstico, la menor fue sometida a colostomía por más de 4 años, que le generaron incontinencia fecal y urinaria, por lo que debe continuar seguir control con especialistas de grupo interdisciplinario, cada 2 o 3 meses de acuerdo a la orden médica. Y asistir a controles trimestrales con oncohematología, todas en HOMI de la ciudad Bogotá.

3.- De acuerdo con los especialistas de la NUEVA EPS, órdenes médicas del 16 de marzo de 2020, la menor debe acudir a: *(i) control en 3 meses con paraclínicos consulta endocrinología pediátrica con el Dr. LASPRILLA TOVAR JUAN DAVID; (ii) control dermatología pediátrica en 3 meses con el Dr. LOZANO RIVERA IVONNE MARITZA; (iii) análisis y software pediátrico, osteodensitometría por absorción dual; (iv) carga de glucosa en 54 gramos origen Leucemia Linfoblástica aguda, control en tres meses paraclínicos; (v) cita para control con el Dr. FIERRO ÁVILA FERNANDO; (vi) radiografía de abdomen simple y uroanálisis, por cirugía pediátrica; citas médicas que la NUEVA EPS, no ha autorizado en la ciudad de Bogotá, desconociendo la orden judicial que existe en tal sentido, dada por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO de fecha 16 de diciembre de 2019.*

4.- Asimismo, asegura que la entidad se niega la prestación del servicio de transporte, viáticos de alimentación y hospedaje de la menor y un acompañante, bajo el argumento de que el traslado desde Sogamoso a Bogotá (ida y regreso), debe ser asumido por el afiliado.

5.- Por otra parte, para el tratamiento de su patología requiere de manera diaria los siguientes insumos, ordenados por los especialistas oncológicos: *(i) tapabocas pediátrico con filtro caja por 50 unidades, 3 Cajas al mes; (ii) crema hidratante para piel sensible 400ML Lubriderm tapa dorada para aplicar en la piel cada 6 horas No. 4 frascos por mes; (iii) Aceite de almendras frasco x 500 ML aplicar cada 6 horas 1 frasco por mes (mezclado con la crema hidratante); (iv) crema Marly Frasco 400 gramos, 2 unidades por mes; (v) bloqueador Sun Face Kids 1 frasco por mes; (vi) pañitos húmedos sin alcohol caja por 100 unidades, 1500 paños húmedos por mes, para la limpieza de la zona perianal; (vii) octodir Shampoo champú 1 frasco al mes; (viii) jabón Dove clásico.*

6.- Advierte el accionante que él y su familia carecen de recursos económicos para asumir los gastos, pues él es el único que trabaja en su hogar y percibe un salario

mínimo, su esposa debe ocuparse del cuidado de la menor y dos niños más, aunado a que tienen múltiples gastos, entre ellos, el pago del crédito con el que adquirieron la vivienda de interés social en la que residen, motivo por el que, asegura, su situación económica raya con el límite de la pobreza.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1.- El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de Sogamoso, al que correspondió por reparto, mediante providencia del 8 de junio de 2020, admitió la demanda de tutela y vinculó al trámite constitucional a la Fundación Hospital de la Misericordia de Bogotá; la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social de salud -ADRES-; el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud, y ofició al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso para que remitiera copia de la sentencia del 16 de Diciembre de 2019 dentro del radicado 2019-000295, informando si se ha promovido incidente de desacato y su resultado.

2.- OSCAR EDUARDO SILVA GÓMEZ, en calidad de apoderado especial de la NUEVA E.P.S., dio respuesta a la demanda de tutela y solicitó que la, misma se niegue por improcedente para lo cual refirió: (i) que la entidad ha venido asumiendo todos los servicios médicos que ha requerido la accionante y que se encuentran dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de una red de prestadores de servicios de salud contratadas, las cuales programan y solicitan autorización de procedimientos, citas, entrega de medicamentos, entre otros, según su disponibilidad; y (ii) la menor SARAY NOCOLLE DE LA HOZ ALFONSO, se encuentra en estado afiliada en estado activo en la Nueva E.P.S., en el régimen contributivo, categoría A, lo que presume la capacidad de pago, lo que desvirtúa la carencia económica, advirtiendo que la mayoría de insumos requeridos se encuentran excluidos de los servicios o tecnologías con cargo a la UPC .

3.- ANDREA ELIZABETH HURTADO NEIRA, actuando en calidad de Directora Jurídica del Ministerio de Salud y Protección social, solicitó que se exonere al Ministerio de Salud y Protección Social de toda responsabilidad que se pueda dar en la presente tutela y que en caso de que esta prospere que conmine a la EPS a la adecuada prestación del servicio de salud a su cargo.

4.- La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD solicita que se declare falta de

legitimación por pasiva de la Supersalud y se desvincule de la misma, teniendo en cuenta las EPS son las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de servicios de salud y, por ende, son ellas y no la SUPERINTENDENCIA las llamadas a responder por la falla, lesión, enfermedad o incapacidad que se genere por la no prestación del servicio de salud.

5.- La Fundación Hospital de la Misericordia solicitó su desvinculación del trámite constitucional, en tanto, la institución no ha realizado ninguna acción u omisión que atente contra los derechos fundamentales de la menor;

6.- EI JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO informó que en ese despacho judicial se adelantó acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de la menor, proceso radicado con el N° 2019- 00295; sin embargo, esta tenía por objeto la anulación de traslado de MEDIMAS EPS a NUEVA EPS y si bien al resolver se ordenó a la EPS seguir prestando los servicios médicos requeridos, no se debatió la entrega de insumos, ni cobertura de gastos de hospedaje, alimentación y transporte. Igualmente, refirió que si se promovió incidente de desacato y en él se indicó que no se habían suministrado los insumos requeridos por la menor, ni costos de hospedaje, para paciente y acompañante.

SENTENCIA IMPUGNADA:

Mediante sentencia del 19 de junio del 2020, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de Sogamoso amparó los derechos fundamentales de la menor SARAY NICOLLE DE LA HOZ ALFONSO y emitió las siguientes órdenes:

SEGUNDO. - ORDENAR a la NUEVA EPS a través de su Gerente Zonal Boyacá, encargada de cumplir los fallos judiciales, en calidad de Gerente Zonal, doctora MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA, identificada con cedula de ciudadanía N° 46369216, o quien haga sus veces, para que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia autorice y suministre a la agenciada SARAY NICOLLE DE LA HOZ ALFONSO a través de su representante Legal, los insumos: “CREMA MARLY 400 GRAMOS #3; PAÑITOS HUMEDOS PAQUETE X100 # 1500 UNIDADES; CREMA HUMECTANTE LUBRIDERM 400 ML #12 UNIDADES” y “ LUBRIDERM TAPA DORADA + ACEITE DE ALMENDRAS; JABON DOVE CLASICO; PROTECTOR SOLAR NIVEA KIDS/SUNDWON KIDS Y OCTODIR CHAMPU” en la oportunidad, cantidad y calidad ordenadas por su médico tratante.

TERCERO. ORDENAR a la NUEVA E.P.S. a través de la de la encargada de cumplir los fallos judiciales para la zonal Boyacá, en calidad de Gerente Zonal, doctora MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA, identificada con cedula de ciudadanía N° 46369216 o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice y asuma el costo del servicio de transporte de la accionante SARAY NICOLLE DE LA HOZ ALFONSO y un acompañante que requiera para trasladarse a la FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA en la ciudad de Bogotá,

para el tratamiento de su patología de LEUCEMIA LINFOBLASTICA AGUDA Y OTROS ESTADOS POST QUIRÚRGICOS de conformidad con las fechas y ordenes que prescriba su médico tratante”.

Decisión que tomó tras considerar que estaba demostrado en el proceso, que la edad de la menor de edad y la grave enfermedad que padece, la convierten en sujeto de especial protección y como tal debe garantizarse el acceso pleno y efectivo al servicio de salud, el que no puede brindarse en su municipio de residencia, por lo que es inminente la necesidad de su traslado constante y permanente a la ciudad de Bogotá, el cual debe ser garantizado por la EPS, tanto a la menor como a su acompañante, debido a que se demostró la falta de capacidad económica de la familia y la evidente dependencia de la paciente; no obstante, en cuanto a alimentación y estancia no se ordenaron, por considerar que no existe prueba de que la paciente tenga que permanecer días antes o después de las citas médicas en la ciudad de Bogotá.

Frente a los insumos solicitados del cuidado perineal, se estimó que, los mismos han venido siendo entregados a la paciente debido a la necesidad de los mismo, por lo que deben continuar suministrándose en la forma indicada por el médico tratante,

DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la anterior sentencia, la NUEVA E.P.S., por medio de apoderado especial, formuló contra ella impugnación con la pretensión principal de que se revoque el fallo y, en su lugar, se desestimen las pretensiones del accionante; asimismo de manera subsidiaria solicitó: *(i) se adicione el fallo para que **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;** (ii) Se adicione el fallo especificando **en el resuelve la patología por la cual se está ordenando** con el objeto de determinar el alcance y cobertura de la acción constitucional y del tratamiento integral; (iii) se modifique el fallo en el sentido de ordenar previo al reconocimiento de elementos excluidos de los recursos financiados con la UPC que se efectuó el trámite ante el Comité Técnico Científico (CTC) para la autorización de este, así mismo, se lleve a cabo la ruta MIPRES, con fundamento en los siguientes argumentos:*

1.- No existe evidencia científica que demuestre la efectividad de los insumos ordenados que no están en el plan de beneficios, máxime porque la integralidad del sistema de salud no puede ser absoluta y para que se otorguen elementos que no están en el PBS debe demostrarse la necesidad y eficiencia de estos y la repercusión

positiva en el tratamiento, por lo que se deben revocar las órdenes del a quo y vincular al médico tratante para que señale la evidencia científica de lo ordenado.

2.- Frente a los pañitos húmedos, la EPS no está habilitada para cubrir tales insumos, ya que estos no constituyen una prestación de salud, por mandato expreso de la Nota externa con radicado No. 201433200296233 de 10 de así como la Resolución 244 de 2019 que expresamente excluye los servicios y recursos con cargo a la UPC.

3.- Los insumos ordenados no son procedentes pues no corresponden ni a suministros médicos ni a medicamentos, y tampoco hacen parte de ningún tratamiento médico, son elementos de protección personal y diaria, y su aprobación genera desfinanciamiento del SGSSS; por ello, la EPS no está en la obligación de autorizar, ni garantizar tales insumos, ya que no son servicios con necesidad fundada y su falta de suministro no pone en peligro sus derechos fundamentales.

4.- Las autorizaciones de elementos excluidos de los servicios o tecnologías con cargo a la UPC deben ser dispuestas por el Comité Técnico Científico, según Resolución 2933 de 2006 artículo 4º numeral 1, por lo que, si se consideran vulnerados los derechos de la parte actora se debe ordenar la realización de dicho comité, para descartar la posibilidad del reemplazo del medicamento por uno cubierto.

5.- En este caso debe darse aplicación al principio de solidaridad que se extiende, incluso, a los parientes cercanos de los afiliados, por lo tanto, el análisis que se haga sobre la capacidad económica y trabajo probatorio en las acciones de tutela, debe observar las condiciones económicas de los parientes del afiliado, de ahí que los primeros responsables económica y moralmente son sus familiares.

6.- Finalmente, asegura que no se demuestra la incapacidad del accionante para sufragar los gastos de transporte ni para la menor ni para el acompañante reiterando el principio de solidaridad y cooperación que envuelve a todos los habitantes del territorio nacional, especialmente por los asociados al sistema de salud.

LA SALA CONSIDERA:

1. De la acción de Tutela:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció la tutela como una acción

que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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, o de los particulares en los casos establecidos en la ley; pero que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A partir de la anterior definición constitucional se deducen las características o requisitos esenciales de procedencia de la protección de un derecho en sede de este procedimiento, a saber, (i) que se trate de un derecho fundamental, (ii) que ese derecho esté siendo vulnerado o amenazado, (iii) que no exista otro mecanismo de defensa judicial, o principio de la subsidiariedad y, (iv) que en caso de existencia de otro medio, deba ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En cualquier caso, con mayor o menor profundidad según las necesidades, deberán ser tratados los anteriores aspectos.

2.- El problema jurídico

Atendiendo las pretensiones del escrito de impugnación y el fallo de primera instancia, el problema jurídico que debe resolver esta corporación, en el presente caso es si ¿Es procedente ordenar los insumos médicos no incluidos en el Plan de Beneficios de salud y el pago de viáticos para traslado a citas médicas a favor de la menor SARAY NICOLLE DE LA HOZ ALFONSO?

3.- Del derecho fundamental a la salud y el tratamiento integral para niños con cáncer.

El derecho a la salud, previsto en el artículo 49 de la Constitución Política, posee una doble connotación, tanto de derecho constitucional como de servicio público esencial; desde su consagración en la Carta Mayor fue diferenciado, como solían serlo todos los derechos, de aquellos denominados fundamentales; en tal sentido, el derecho a la salud hacía parte de los derechos sociales, económicos y culturales, cuya protección, por vía de tutela, dependía de su conexidad con alguno de los derechos fundamentales; no obstante, ha sido el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional el que, desde el año 2008, ha considerado el derecho a la salud como un derecho autónomo, de carácter fundamental, que debe ser protegido de forma

directa, pues resulta evidente que su quebrantamiento deviene en un atentado contra la subsistencia de cualquier ser humano;¹ es así como la Ley Estatutaria 1751 de 2015 elevó a rango de derecho fundamental el derecho a la salud, estableciendo los elementos y principios que lo componen y que han de servir de guía para su aplicación.

Así, la referida Ley estableció que el derecho fundamental a la salud debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con alto grado de calidad, de suerte que el paciente tenga plena garantía de que, en circunstancias de enfermedad, va a contar con plena garantía de acceso a todos los servicios de salud sin ningún tipo de barrera burocrática o administrativa.

Este derecho amparado constitucional y normativamente tiene una especial protección frente a los menores de edad, por ser considerados sujetos de protección constitucional reforzada, protección especial que debe ser garantizada por todas las autoridades públicas, familia y sociedad con el único fin de evitar que los menores corran riesgos físicos, morales y sociales. Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en la sentencia T-081 de 2019 de la siguiente manera:

En efecto, este tribunal ha advertido a las entidades que presten servicios de salud entre cuyos pacientes se encuentren niños que: "(...) la protección, preservación y promoción de su interés superior y prevaleciente en materia de salud es el norte de cualquier actuación que les concierna, desde la interpretación del alcance de las propias competencias y de las normas que rigen los servicios de salud, hasta la ejecución material, el seguimiento, el control y la supervisión de su prestación". Una vez dicho esto, la Corte ha concluido que, a contrario sensu, si quienes prestan servicios médicos no actúan priorizando el derecho a la salud del menor y con ello amenazan o vulneran sus derechos fundamentales, desconocerían no solo la Constitución, sino la normatividad internacional que sobre la materia existe.

En desarrollo de tal derecho fundamental, la referida Ley 1751 de 2015, estableció como principio rector del derecho a la salud, la integralidad, entendida esta como la posibilidad de que los servicios y tecnologías de salud sean suministrados de *manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador*. Esto implica que las entidades del sistema general de seguridad social tienen que brindar todos los tratamientos, medicamentos y procedimientos médicos para que el paciente se recupere plenamente de la enfermedad sin limitación alguna, como lo es que los servicios se encuentren incluidos

¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-780 del 2010, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

o no en el plan de beneficios en salud y así lograr una recuperación procurando una existencia digna a través de la mitigación de dolencias causadas por la enfermedad.

Frente al desarrollo y aplicación de este principio, se deben tener en cuenta a aquellas personas que tienen una enfermedad catastrófica o ruidosa, como lo es el cáncer. La población que sufre esta patología tiene derecho a una protección íntegra por parte del Estado, tener acceso a los servicios de salud sin obstáculos y oportuno. Frente a la protección de patología como el cáncer la Corte en la sentencia T- 387 de 2018 ha dicho:

“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)” (Subrayas fuera del original)

En suma, esta integralidad a la que tienen derecho esta clase de pacientes cuyo estado de enfermedad afecte su integridad personal o su vida en condiciones dignas, significa que la atención en salud que se les brinde debe contener “todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico 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 dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”

Ahora, si bien muchas de las veces, puede considerarse que la orden de tratamiento integral de un paciente al que se le ha vulnerado su derecho fundamental a la salud, es imprecisa por falta de delimitación de los servicios por parte del profesional de la salud, de antaño se ha precisado que el deber de especificación recae en el Juez de Tutela quien debe acudir a criterios tales como la patología del paciente a fin de poder dictar órdenes en concreto que puedan ser cumplidas a cabalidad.

3. Del servicio de transporte de pacientes y acompañantes para el acceso al servicio de salud.

Este servicio se encuentra regulado por la resolución No. 5857 de 2018, la cual prevé que el servicio de transporte de pacientes está incluido dentro del plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, en dos situaciones específicas, a saber, (i) cuando se trate de traslado en ambulancia en virtud de emergencia médica, (art. 121) y (ii) cuando se deba trasladar en medio diferente para acceder a una atención contenida en el PBS, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, el cual será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para

zona especial por dispersión geográfica (art. 122); de suerte que cuando no se encuentre en alguna de las referidas situaciones, el servicio de transporte debe ser sufragado por el paciente o su núcleo familiar.

No obstante, atendiendo la necesidad del servicio frente a situaciones particulares, la Corte Constitucional ha precisado:

“Así, prima facie, esta Corporación ha admitido que fuera de los supuestos de hecho referidos en el párrafo que antecede, el servicio de transporte deberá ser sufragado por el paciente o su núcleo familiar. Empero, también ha identificado escenarios donde algunos usuarios del sistema de salud no pueden gozar del aludido servicio porque no está incluido en el PBS y requieren, en todo caso, bajo criterios de urgencia y necesidad, recibir los procedimientos médicos ordenados para tratar sus patologías. De manera que, con el fin de evitar que la imposibilidad de trasladarse derive en una barrera de acceso a los servicios de salud, la Corte ha reconocido que las EPS deben brindar este beneficio 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” (subrayado fuera del original).

“Una de las situaciones no contemplada en el PBS con cargo a la UPC, es aquella en la que el usuario del sistema deba trasladarse con un acompañante, toda vez que este es totalmente dependiente para su desplazamiento o requiere atención permanente para garantizar su integridad física. En tal contexto, ha puesto de presente esta Corte que también deberá la EPS brindar el transporte del acompañante si se acredita su insuficiente capacidad económica (o la de su núcleo familiar)”².

4.- Del caso en concreto

En el presente asunto, la accionada NUEVA E.P.S. aduce no estar de acuerdo con la decisión del juzgado de primera instancia, referente a las órdenes relacionadas con elementos no PBS, a favor de la menor SARAY NICOLLE DE LA HOZ ALFONSO, por considerar: (i) que su solicitud de insumos y servicios no se encuentra dentro del Plan de Beneficios de Salud y no hacen parte del tratamiento médico de la menor, pues son de uso diario, cuidado personal y por lo tanto la EPS no tiene por qué adquirir su costo y (ii) que los costos del traslado de la paciente y su acompañante al cumplimiento de las citas para tratar su patología en la ciudad de Bogotá, deben ser asumidos por la paciente y su núcleo familiar con fundamento en el principio de solidaridad.

Así pues, basta tan solo con retomar el análisis jurisprudencial y normativo referido en precedencia, así como las circunstancias fácticas que motivaron la presentación de

² Corte Constitucional Sentencia T-081 de 2019

esta demanda de tutela, para advertir con suficiencia que, en este caso, es completamente viable, ordenar un tratamiento integral dentro del cual está claramente incluidos los insumos y gastos de transporte a favor de la menor SARAY NICOLLE DE LA HOZ ALFONSO y su acompañante, como e procede a exponer:

1.- El juzgado de primera instancia ordenó a la NUEVA EPS la entrega de diferentes insumos médicos a favor de la menor de edad accionante, entre los que se encuentran, cremas para la piel, pañitos húmedos, jabón y shampoo, elementos que, considera la entidad recurrente, no deben ser asumidos por ésta, pues corresponden a insumos de aseo personal que se encuentran taxativamente excluidos del Plan de Beneficios.

Es cierto, como lo indica la EPS, que la Resolución 244 de 2019 calificó como prestaciones excluidas del plan de beneficios en salud, en el numeral 57, “*Las toallas higiénicas, los pañitos húmedos, el papel higiénico y los **insumos de aseo***”; por tratarse de elementos que, en esencia, no pueden ser considerados como necesarios e idóneos para la superación de la enfermedad y, como tales, parte del tratamiento médico; sin embargo, de antaño, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que, aunque es cierto que tales elementos por si solos no contribuyen a la recuperación o cura definitiva de la patología del paciente, si tienen incidencia en el derecho a la dignidad humana, pues le permite sobrellevar su tratamiento en condiciones mínimas de salubridad.

Y es precisamente basados en el principio de Dignidad Humana, que la Corte Constitucional ha venido dando aplicación a la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar los preceptos propios del numeral 57 de la Resolución 244 de 2019, cuando se advierta que la misma es incompatible con la Constitución, atendiendo las específicas condiciones del caso en particular; así lo ha señalado la Alta Corporación.

“6.3. En consecuencia, cuando se examina el precepto que excluye expresamente los pañales desechables del PBS contenido en el ítem no. 57 del anexo técnico de la Resolución 244 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social, en los casos que se analizan, surge la necesidad de dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, para que los usuarios accedan a estos insumos, toda vez que no tienen un producto similar dentro del PBS y su falta impide el disfrute de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

6.4. En síntesis, el alto Tribunal, con base en aquellos criterios debe ordenar la inaplicación por inconstitucionalidad de las exclusiones expresas en casos concretos en los que la prestación de esos servicios o tecnologías buscan garantizar: (i) la recuperación y (ii) la dignidad e integridad del paciente; aunado a que si en el proceso de atención se encuentran usuarios del régimen subsidiado, existe la presunción de su incapacidad

económica para sufragar los costos requeridos para adquirir por cuenta propia los pañales desechables. Es decir, que al tratarse de la población más vulnerable, no solo desde el punto de vista económico, emerge un criterio objetivo por la naturaleza de la vinculación de esa persona a dicho régimen, en la falta de capacidad de pago”.

Como quiera que el primero de los reparos aducidos es la excusión de los insumos de aseo del plan de beneficios, lo que debe establecerse es si la menor SARAY NICOLLE DE LA HOZ y su núcleo familiar, se encuentran en alguna de las excepciones que dan lugar a la aplicación por inconstitucionalidad de la resolución que expresamente los excluyó.

Al respecto debe señalarse que en este evento se ha establecido plenamente que SARAY NICOLLE, desde el año 2013, fue diagnosticada con LEUCEMIA LINFOIDE AGUDA y, desde entonces, ha presentado diversas complicaciones por lo que, además de la referida, se han diagnosticado las siguientes patologías: (i) pop cierre de colestomía tipo Hartmann; (ii) antecedente de gangrena de fournier; (iii) antecedente de plastia perianal; (iv) antecedente de LLA tratada; y (v) LLA con compromiso de necrosis de tejidos blandos del periné; por ello, los especialistas a su cargo, por medio de órdenes medicas del 16 de marzo del 2020, consecutivas del tratamiento que viene otorgándose desde el año 2013, ordenaron diferentes citas para control, así como la continuidad del tratamiento en la Fundación Hospital Pediátrico la Misericordia HOMI en la ciudad de Bogotá; igualmente, le fueron ordenados diferentes insumos para cuidado perineal, (pañitos y cremas hidratantes ya referidos) los cuales cuentan con anotación específica del médico tratante *“sin embargo estos insumos no se encuentran incluidos en el listado mipres por lo que se deben autorizar sin este formato, la paciente viene recibiendo estos insumos desde hace más de un año sin requerimiento de este formato”*

Fíjese, entonces, que los insumos médicos que la EPS asegura están excluidos del Plan de Beneficios, fueron directamente ordenados por el médico tratante, por ser necesarios no solo para mantener la higiene de la menor de edad, sino para evitar complicaciones en virtud de la grave enfermedad que padece, pues, en lo que refiere a dichos insumos, se trata de una afección que genera necrosis de sus tejidos blandos, especialmente en la zona perianal y que, como deviene apenas lógico, debe ser tratada con el mayor cuidado para evitar el avance de la misma.

Lo anterior demuestra, sin mayor dificultad, que los insumos ordenados se requieren con urgencia directamente para el tratamiento de la enfermedad y como tales, no es dable tratarlos como elementos de tipo estético o de simple aseo personal, pues los

mismos no solo garantizan que la menor, que por demás es considerar sujeto de especial protección, pueda sobrellevar su enfermedad en condiciones dignas, sino que, indefectiblemente son requeridos para su recuperación.

Existiendo claridad sobre la necesidad de los insumos, debe establecerse si la menor, y especialmente su núcleo familiar, se encuentran en una situación económica vulnerable, que le impida asumir el pago de los mismos.

Y aunque es claro que en este caso la menor se encuentra afiliada en el régimen contributivo de salud, ello por sí solo no evidencia su capacidad económica, claro es cierto que no se puede presumir incapacidad como sucede en el caso del régimen subsidiado, pero ello obliga a que sea el accionante, quien demuestre de manera concreta la ausencia de capacidad de pago.

En el *subjuidice*, el señor JESÚS JOSÉ DE LA HOZ demostró que su nivel de afiliación al régimen contributivo se encuentra en el rango 1 de salario, estos es, inferior a 2 smlmv, y según certificación laboral de SENCOSUD, su asignación básica mensual corresponde a \$1.012.700; asimismo, señaló el agente oficioso, que es el único que responde económicamente por su hogar, debido a que su esposa y madre de la menor SARAY NICOLLE, debe dedicarse al cuidado exclusivo de la niña, hecho que es apenas evidente con los diagnósticos ya referidos; aunado a ello, la pareja cuenta con dos hijos menores de edad, por los que también debe responder económicamente, y se encuentran asumiendo el pago de cuotas bancarias, en virtud de los préstamos adquiridos para la compra de vivienda de interés social, según informó, cuotas que sobrepasan los quinientos mil pesos mensuales, sin tener en cuenta los pagos informales que, adujo, tiene que realizar por los créditos que para la misma finalidad adquirieron su esposa y su suegro.

Tal panorama permite entrever sin mayor dificultad que, en efecto, la situación económica del señor JESÚS DE LA HOZ no le permite asumir el pago de los insumos médicos que requiere su hija para el tratamiento y recuperación de la enfermedad que padece, pues sus gastos familiares son absolutamente amplios y sus ingresos apenas alcanzan a cubrir las necesidades básicas de su familia. Por ello, la Sala considera que existe suficiente prueba en el plenario de la necesidad de los insumos y de la falta de capacidad económica del accionante, por lo que se hacía inminentemente necesario inaplicar la Resolución 244 de 2019 y ordenar a la EPS que asuma la entrega inmediata y sin dilación de los elementos requeridos, tal y como lo ordenó el

juzgado de primera instancia,

2.- Ahora, respecto a los costos de traslado de la menor y su acompañante a la ciudad de Bogotá a la Fundación Hospital de la Misericordia HOMI para el tratamiento de la menor, además de la incapacidad económica del núcleo familiar del paciente, según quedó debidamente demostrado en el párrafo precedente; de igual forma, el traslado a la ciudad de Bogotá se hace indispensable en este caso, por ser en el Hospital la Misericordia de esa ciudad, donde se le está prestando el tratamiento médico requerido y de no continuarse el mismo la vida de la menor corre inminente peligro; finalmente, en lo que hace al acompañante, refulge diáfano que, por ser una menor de edad, depende del acompañamiento directo de su representante legal o del encargado de su cuidado para poder acudir a las citas médicas y controles programados.

Con base en los planteamientos anteriores, queda evidenciado que se cumple con los presupuestos jurisprudenciales requeridos para la procedencia del pago de transporte y poder acceder, así, a los servicios de salud, por lo que los reparos de la EPS carecen de fundamento; en consecuencia, la pretensión principal de la entidad impugnante, encaminada a que se desestime las ordenes relacionadas con los elementos no PBS, no tiene vocación de prosperidad.

3.- Como pretensión subsidiaria, solicitó la entidad recurrente, se autorice al interior del fallo de tutela que la EPS pueda realizar el recobro ante ADRES, de los gastos que incurra con ocasión al fallo de tutela y que sobrepasen su presupuesto.

Sobre el particular, se debe tener en cuenta que con la expedición de la Resolución 205 de 2020, el 17 de febrero de 2020, por medio de la cual se reglamentó el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, adoptándose una metodología para calcular el presupuesto máximo de cada EPS para financiar los servicios no cubiertos por recursos de la UPC y no excluidos, se estableció bajo dicha normatividad que a partir del 01 de marzo del presente año, las EPS cuentan con recursos para financiar todos los servicios autorizados que no se encuentren excluidos de la financiación del SGSSS; aunado a ello, las facultades de recobro que hace alusión la EPS, se encuentran reguladas y delimitadas por la ley y las diferentes resoluciones emitidas por el Ministerio de Salud, por lo que no se necesita orden judicial para su procedencia, por lo que tal petición resulta improcedente.

Finalmente, en cuanto la petición subsidiaria de modificar el fallo en el entendido de ordenar que, previo al reconocimiento de elementos excluidos de los recursos financiados con la UPC, se efectuó el trámite ante el Comité Técnico Científico (CTC) para la autorización de este y se lleve a cabo la ruta MIPRES, basta con recordar el análisis efectuado en precedencia para precisar que es la grave enfermedad que actualmente padece la menor y las condiciones económicas de su familia las que han permitido que en sede de tutela se ordenen insumos médicos a cargo de la EPS, aunque se encuentren excluidos del PBS; de ahí que no pueda accederse a tal pretensión, porque ella corresponde al trámite ordinario que se da a este tipo de solicitudes, y en este caso se ha reconocido la excepcionalidad del mismo, atendiendo las circunstancias particulares que rodean a la accionante.

4.- Finalmente, como advierte la Sala que el Juzgado de primera instancia no ordenó el tratamiento integral a favor de la menor SARAY NICOLLE DE LA HOZ, y como es criterio de esta Corporación que el mismo puede ser reconocido cuando concurren los presupuestos jurisprudencialmente previstos para su procedencia, a saber *(i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente*³ los que en este caso, se hacen evidentes, pues han sido las omisiones de la EPS las que motivaron la presente acción constitucional y se tiene certeza de la grave enfermedad de la menor, se ordenará a la accionada que garantice el tratamiento integral para el manejo de la patología que SARAY NICOLLE DE LA HOZ padece, todo ello, atendiendo las facultades oficiosas del juez constitucional.

Corolario de lo expuesto, la sentencia objeto de inconformidad será confirmada.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por

³Corte Constitucional T-081 de 2019

autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia impugnada y **ORDENAR** a la NUEVA EPS que garantice de manera permanente y oportuna **TRATAMIENTO INTEGRAL** a la menor SARAY NICOLLE DE LA HOZ ALFONSO con relación a la patología principal diagnosticada, esto es, LEUCEMIA LINFOIDE AGUDA.

SEGUNDO: MANTENER incólume en sus demás aspectos el fallo recurrido.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

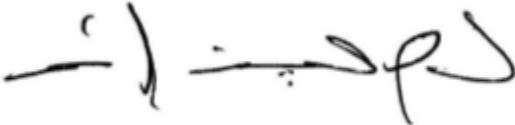
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado