

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA**

**ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente**

Aprobado por Acta de Sala No. 0534

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	817363104001-20220040501
Accionante:	SOLMAIRA ORTEGA GELVEZ
Accionado:	NUEVA EPS
Derechos invocados:	Salud
Asunto:	Sentencia

Sent. No. 0137

Arauca (A), quince (15) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

1. Asunto a tratar

Decidir la impugnación presentada por la NUEVA E.P.S. contra la sentencia del 05 de octubre de 2022, proferida por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERA (ARAUCA)¹.

2. Antecedentes

2.1. Del escrito de tutela²

La señora SOLMAIRA ORTEGA GELVEZ³, diagnosticada con “(Z359) supervisión de embarazo de alto riesgo, sin otra especificación”, promueve acción de tutela en procura de su derecho fundamental a la salud, presuntamente vulnerado por la NUEVA E.P.S, entidad que autorizó - consulta por primera vez por especialista en perinatología y ecografía obstétrica con detalle anatómico-, en la Clínica San José de la ciudad de Cúcuta - Norte Santander, programada para el día 04 de octubre de 2022; pero negó suministrar servicios - transporte aéreo, alojamiento y alimentación - para ella y

¹ María Elena Torres Hernández-Jueza

² 21 de septiembre de 2022.

³ 30 años de edad.

su acompañante, gastos que su precaria situación económica le impide asumir por cuenta propia.

Invoca como medida provisional, “se le dé prioridad a la **AUTORIZACIÓN INTEGRAL EN SALUD**, en el sentido de que se me **DE LA AUTORIZACIÓN EFECTIVA DE LOS MEDICAMENTOS, TRASLADOS EN AVIÓN, ALOJAMIENTO, ALIMENTACIÓN, TRANSPORTE URBANO E INTERMUNICIPAL** y, si es posible, que se me AUTORICE LAS CITAS PARA BUCARAMANAGA, ya que la NUEVA E.P.S. anteriormente me había enviado para allá y tengo las historias clínicas ya y, sale avión directo, además, se autoricen todas las consultas especializadas, procedimientos quirúrgicos y TODO lo que el médico tratante requiera para lograr la recuperación de mi salud”. (sic)

Pretensiones:

*“PRIMERA: ORDENAR a la NUEVA E.P.S., autorizar, gestionar y hacer efectivo el servicio en salud en el **SUMINISTRO DE LOS MEDICAMENTOS Y EXAMENES SOLICITADOS POR EL MÉDICO TRATANTE, PARA CUANDO SEA NECESARIO.***

*SEGUNDA: **ORDENAR** a la NUEVA E.P.S., prestar **ATENCIÓN INTEGRAL** en el servicio de salud para todo lo que ordene el médico tratante con respecto a mi salud.*

*TERCERO: **ORDENAR** a la NUEVA E.P.S., o a quien corresponda la autorización de los **viajes procedimientos y citas en avión**, viáticos y alojamiento para mí y un ACOMPAÑANTE en razón a las condiciones económicas y el estado de salud que vengo presentado”. (Sic).*

Adjunta:

- Historia clínica No. 1115734246, expedida por el Hospital del Sarare, fechada el 24 de agosto de 2022.
- Indicación médica, emitida por el Hospital del Sarare, fechada el 24 de agosto de agosto de 2022, por medio de la cual el médico tratante constata que “ss valoración por perinatología (gestación de alto riesgo dado a antecedentes) con un acompañante debido a su estado de salud se recomienda transporte vía aérea paciente por su condición no puede trasladarse por vía terrestre”.
- Solicitud de exámenes, expedida por el Hospital del Sarare, fechada el 24 de agosto de 2022, para “(881437) Ecografía obstétrica con detalle anatómico, realización por perinatología (dado antecedentes maternos)”.
- Autorización expedida por la NUEVA E.P.S. con No. (POS – 6376) P011 – 185040235 de fecha 24/08/2022, remitido a “Clínica San José de Cúcuta S.A., (Norte de Santander) en la Cl 13 # 1E – 74 Caobos”, para “consulta de primera vez por especialista en perinatología”.
- Autorización expedida por la NUEVA E.P.S. con No. (POS – 6376) P011 – 185039979 de fecha 24/08/2022, remitido a Clínica San José de Cúcuta S.A., (Norte de Santander) en la Cl 13 # 1E – 74 Caobos, para “ecografía obstétrica con detalle anatómico”.

2.2. Trámite procesal

Admitida la acción de tutela⁴, el *a quo* concede dos (2) días a la accionada para que rinda informe de los hechos que motivan la solicitud del escrito tutelar, de conformidad con el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

Respecto a la medida provisional, la primera instancia decidió negarla al considerar que no se encuentra una circunstancia que determine la gravedad, urgencia y necesidad para decretarla.

2.3. Respuesta de la accionada

Empresa Promotora de Salud NUEVA E.P.S.⁵ informa que, la accionante afiliada activa en el Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo⁶ recibe atención través de MEDYTEC SALUD IPS S.A.S., desde el 30 de noviembre de 2021 en el municipio de Saravena.

Precisa que, la fecha de asignación de las consultas médicas, procedimientos médicos y quirúrgicos por especialistas, depende de la disponibilidad en la agenda de las IPS y corresponde al usuario solicitar la programación una vez reciba los códigos de activación, direccionamiento MIPRES o números de autorizaciones; y, que, *“la NUEVA E.P.S., en ningún momento se ha negado a suministrar medicamentos, procedimientos y/o servicios PBS y no PBS (siempre y cuando los mismos sean tramitados por MIPRES), por lo tanto, no existe incumplimiento por parte de NUEVA E.P.S.”*

Respecto al servicio de transporte, asegura que, el municipio de Saravena- Arauca, donde reside la afiliada, se encuentra contemplado en la Resolución 2381 de 2021, ente territorial que reciben UPC diferencial.

En cuanto al transporte para el acompañante, afirma que no concurren los criterios jurisprudenciales para su reconocimiento tales como: *(i) El paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento. (ii) Requiera atención permanente para garantizar su integralidad física. (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.*

En relación con el servicio de alimentación y alojamiento, tanto para el paciente como su acompañante, indica que, no obra prescripción

⁴ Auto del 21 de septiembre de 2022.

⁵ Respuesta emitida el 25 de septiembre de 2022.

⁶ desde el 01 de noviembre de 2017

que así lo determine y, es responsabilidad del usuario conforme a lo previsto la Ley 1438 de 2011, artículo 30 (...) 3.17. – **CORRESPONSABILIDAD.** – *“Toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración y colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio”.* Además, que no concurren los criterios jurisprudenciales para concederlos de manera excepcional, como: (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;* (iii) *ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.*

Puntualiza que, dentro del escrito tutelar y los anexos incorporados, no se acredita ni se demuestra siquiera sumariamente que la accionante deba asistir a las citas programadas en compañía de otra persona, ni que su núcleo familiar no pueda sufragar los emolumentos pretendidos, ya que, el simple hecho de informar que el usuario tiene gastos no significa que se encuentra en situación de indefensión para asumir los costos de transportes y viáticos.

Frente al tratamiento integral, manifiesta que, es improcedente por cuanto no ha incurrido en un comportamiento omisivo, del que pueda derivarse la presunta vulneración de los derechos fundamentales que invoca la parte accionante; además, se fundamenta en suposiciones de tratamientos médicos futuros e inciertos, de los cuales no hay certeza de su ocurrencia y podrían constituir servicios que no son competencia de la EPS.

Pide negar la acción y, en caso de concederse el amparo solicitado, solicita ordenar al ADRES reembolsar los gastos en que incurra al momento cumplir la orden tutelar.

2.4. Decisión de primera instancia⁷

El JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA, concedió el amparo y ordenó:

“SEGUNDO: ORDENAR a la empresa **NUEVA EPS**, a través de su representante o quien haga sus veces o lo reemplace, para que, si no lo ha hecho, proceda dentro de la **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de esta decisión disponga, garantice, y autorice **“LOS SERVICIOS COMPLEMENTARIOS DE TRANSPORTE, ALIMENTACIÓN Y ALOJAMIENTO”**, para la paciente y su acompañante para asistir a la **“CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN PERINATOLOGÍA”**, en atención al diagnóstico de **“SUPERVISIÓN DE EMBARAZO DE ALTO RIESGO SIN OTRA ESPECIFICACIÓN”** padecido por la señora **SOLMAIRA ORTEGA GELVEZ**,

⁷ Sentencia del 05 de octubre de 2022.

conforme a lo ordenado por el médico tratante, dichos servicios complementarios autorizados a la usuaria, se realicen fuera del lugar de su domicilio y requiera pernoctar allí, **también deberá la NUEVA EPS proporcionar los demás procedimientos, consultas especializadas y/o medicamentos PBS NO PBS que requiera para la recuperación de la salud de la accionada con ocasión al diagnóstico objeto de la presente acción constitucional.**

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA E.P.S., que en adelante preste toda la **ATENCIÓN MÉDICA EFICAZ Y PRIORITARIA** a la señora **SOLMAIRA ORTEGA GELVEZ** para el tratamiento de la patología **“SUPERVISIÓN DE EMBARAZO DE ALTO RIESGO SIN OTRA ESPECIFICACIÓN”**, por ella sufrida y que es motivo de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta el presupuesto máximo transferido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud – ADRES, en consideración a lo regulado en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el primero de marzo de 2020”. (Sic)

Respecto a los servicios complementarios, el *a quo* encontró que el médico tratante prescribió el servicio de transporte aéreo y el acompañamiento de un tercero debido al estado de salud en que se encuentra la accionante y, porque la EPS no desvirtuó la afirmación alegada por la señora SOLMAIRA ORTEGA GÉLVEZ sobre la ausencia de recursos económicos para asumir los costos de los servicios solicitados; situación que obliga a la accionada a garantizar el suministro de dichos componentes, tanto para la paciente como para su acompañante conforme en los lineamientos establecidos por la jurisprudencia constitucional.

No expone las razones para justificar la orden de tratamiento integral incluida en el numeral segundo de la parte resolutive.

2.5. De la impugnación⁸. La NUEVA E.P.S., solicita revocar la providencia judicial porque no es su responsabilidad suministrar los servicios complementarios – *transporte, alojamiento y alimentación*-excluidos del Plan de Beneficios en Salud (PBS); y, que tampoco procede el tratamiento integral porque se trata de hechos futuros o inciertos y presume la mala fe de la entidad quien ha prestado todos los servicios requeridos de la usuaria. En caso contrario, reitera su petición relacionada con la facultad de recobro ante el ADRES.

2.6. Prueba practicada en segunda instancia⁹

Mediante comunicación telefónica¹⁰ con la señora SOLMAIRA ORTEGA GÉLVEZ, manifestó que asistió a las consultas de *“perinatología y ecografía obstétrica con detalle anatómico”* en la fecha programada- 04 de octubre de 2022- 02:00 p.m., en la ciudad de Cúcuta. Que la NUEVA E.P.S. cubrió los gastos de traslado ida y regreso por vía aérea, trayecto Arauca- Cúcuta y, terrestre entre

⁸ Presentado el 11 de octubre de 2022.

⁹ 08 de noviembre de 2022. 10:57 a.m. 7 min, 49 s.

¹⁰ Al número aportado en el escrito de tutela.

Saravena y Arauca; además, suministró los viáticos de alojamiento y alimentación durante su estadía, desde el 03 al 05 de octubre de 2022. Servicios que también le fueron suministrados a su acompañante.

Indicó que, tiene pendiente cita de control agendada para el día 22 de noviembre de 2022 en la ciudad de Cúcuta; y, se encuentra a la espera que la NUEVA E.P.S. confirme el suministro de los servicios complementarios, teniendo en cuenta que, ya radicó los documentos necesarios para dicho trámite. Finalmente, señaló que tiene antecedentes de dos embarazos de alto riesgo, con aborto.

3. Consideraciones

3.1. Competencia

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión controvertida.

3.2. Requisitos de procedibilidad en la acción de tutela.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad.¹¹

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. Tanto la señora SOLMAIRA ORTEGA GELVEZ, quien promovió la acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales, como la NUEVA E.P.S., señalada de transgredirlos, se encuentran legitimados en la causa por activa y por pasiva respectivamente.

Inmediatez. Se cumple al existir un plazo razonable entre las autorizaciones médicas- 24/08/2022-, y la presentación de la acción de tutela- 21/09/2022.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional¹², la Supersalud es competente para conocer, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de asuntos que abarcan, por un lado, aquellos relativos a la “[c]obertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos

¹¹ Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

¹² Sentencia T-122 de 2021.

incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.”¹³

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con: “[c]onflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le [sic] asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.”¹⁴

Ahora bien, la Corte ha encontrado que, por razones tanto normativas como prácticas, el mecanismo mencionado no resulta idóneo ni eficaz en muchos de los casos en que se acude a la acción de tutela para exigir la protección del derecho a la salud¹⁵. De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹⁶ la Corte estableció, con base en la jurisprudencia sobre la materia, una serie de parámetros que el mecanismo jurisdiccional mencionado debe cumplir para consolidarse como un medio idóneo y eficaz de defensa y solicitó al Gobierno nacional que adoptara, implementara e hiciera público un plan de medidas para adecuar y optimizar su funcionamiento.

Bajo lo anteriormente expuesto, se torna procedente la presente acción, ante la ineficiencia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud¹⁷.

3.3. Problema jurídico.

Determinar si la NUEVA E.P.S., vulneró el derecho fundamental a la salud invocado por la señora SOLMAIRA ORTEGA GELVEZ y, si tal comportamiento, justifica el amparo integral concedido en primera instancia.

3.4. Supuestos jurídicos.

¹³ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ver Sentencias SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas; T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo; y SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

¹⁶ Sentencia T-224 DE 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁷ Artículo 126 de la ley 1438 de 2011 y modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estipula que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD posee facultades jurisdiccionales para dirimir los asuntos atinentes a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos o no en el P.B.S., con excepción de aquellas expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

3.4.1. De la acción de tutela.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992¹⁸, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁹ señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

3.4.2. La mujer embarazada como sujeto de especial protección.

Señala la Corte Constitucional en la sentencia T-122 de 2021, que la garantía del derecho a la salud de sujetos de especial protección constitucional es reforzada. En los términos del Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015: *“La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán [sic] de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.”*²⁰

Esta previsión está también alineada con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la Sentencia T-760 de 2008, el Alto Tribunal estableció: *“La Corte Constitucional ha reconocido y tutelado principalmente el derecho a la salud, de los sujetos de especial protección constitucional. En primer lugar ha protegido a los niños y las niñas, cuyo derecho a la salud es expresamente reconocido como fundamental por la Carta Política (art. 44, CP). Pero también ha reconocido la protección especial que merecen, por ejemplo, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad y las personas con alguna discapacidad.”*²¹

Respecto a la mujer, la Constitución Política de 1991 efectuó un importante avance respecto de su protección y efectividad de sus derechos. En este sentido, es claro que el Constituyente de 1991, en

¹⁸ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹⁹ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

²⁰ Ley 1751 de 2015, Artículo 11.

²¹ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

virtud de la necesidad de desarrollar los principios y valores que fundamentan el Estado Social de derecho, consagró en la nueva Carta Constitucional el deber del Estado de garantizar el ejercicio pleno sus derechos y libertades²².

Bajo la perspectiva del deber Estatal de garantizar a las mujeres el pleno goce de sus derechos fundamentales, el artículo 43 Superior dispuso que “[l]a mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado (...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.” Con fundamento en esta norma constitucional y en el bloque de constitucionalidad, la Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades respecto al carácter de sujeto de especial protección que ostenta la mujer parturienta o embarazada. Así, en la sentencia C- 355 de 2006 la Corte Constitucional indicó:

“[A] partir del Acto Constituyente de 1991 los derechos de las mujeres adquirieron trascendencia Constitucional. Cabe recordar, que las mujeres contaron con especial deferencia por parte del Constituyente de 1991, quien conocedor de las desventajas que ellas han tenido que sufrir a lo largo de la historia, optó por consagrar en el texto constitucional la igualdad, tanto de derechos como de oportunidades, entre el hombre y la mujer, así como por hacer expreso su no sometimiento a ninguna clase de discriminación²³. También resolvió privilegiarla de manera clara con miras a lograr equilibrar su situación, aumentando su protección a la luz del aparato estatal, consagrando también en la Carta Política normas que le permiten gozar de una especial asistencia del Estado durante el embarazo y después del parto, con la opción de recibir un subsidio alimentario si para entonces estuviere desempleada o desamparada, que el Estado apoye de manera especial a la mujer cabeza de familia, así como que las autoridades garanticen su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública, entre otras.

En este orden de ideas, la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna.

Es así como la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende protectora de los derechos fundamentales de todas las personas, en multitud de providencias ha hecho valer de manera primordial los derechos en cabeza de las mujeres. En muchísimos pronunciamientos, tanto de control de constitucionalidad de normas o de revisión de acciones de tutela, ha resaltado la protección reforzada de la mujer embarazada, preservado su estabilidad laboral y el pago de su salario, ha considerado ajustadas a la Constitución las medidas afirmativas adoptadas por el legislador para lograr su igualdad real y especialmente aquellas adoptadas a favor de la mujer cabeza de familia, ha protegido su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su igualdad de oportunidades, y sus derechos sexuales y reproductivos, entre otros²⁴.”

²² T-088 de 2008.

²³ Constitución Política, artículo 43

²⁴ Ver sentencias T-028 de 2003, T- 771 de 2000, T-900 de 2004, T- 161 de 2002 y T -653 de 1999. También sentencias T- 1084 de 2002, T- 1062 de 2004, T- 375 de 2000, C- 722 de 2004, C- 507 de 2004, T- 606 de 1995, T-656 de 1998, T- 943 de 1999, T- 624 de 1995, C- 112 de 2000, C- 371 de 2000, C- 1039 de 2003

En sentencia T-088 de 2008, la Corte, puntualiza que, *“las mujeres embarazadas y parturientes son sujetos de especial protección constitucional; debido a que tal condición implica el reconocimiento de una situación de extrema vulnerabilidad, el Estado y los particulares que actúan en su nombre tienen la obligación de brindarles protección y asistencia, así como de garantizar de manera reforzada las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de todos sus derechos”*.

3.5. Solución del caso.

Se trata de la señora SOLMAIRA ORTEGA GELVEZ, diagnosticada con *“(Z359) supervisión de embarazo de alto riesgo, sin otra especificación”*, a quien la empresa promotora de salud NUEVA E.P.S., autorizó la *“consulta de primera vez por especialidad en perinatología y ecografía obstétrica con detalle anatómico”*, en la Clínica San José en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander), pero le negó el suministro de los servicios complementarios de *- transporte aéreo, transporte urbano, alojamiento y alimentación para ella y un acompañante -*, para asistir a la cita previamente agendada, razón por la cual acude a este mecanismo excepcional en procura de sus derechos fundamentales, para que la accionada suministre dichos componentes y, adicionalmente, garantice la atención integral en salud. La primera instancia concedió el amparo solicitado en su integralidad y la NUEVA E.P.S. impugna, porque a su juicio no es su obligación suministrar los servicios complementarios que se encuentran excluidos del Plan Bienestar en Salud; y, respecto al tratamiento integral, aboga por su improcedencia porque insiste que ha garantizado la prestación de los servicios de salud a la accionante y, dicha orden presume la mala fe de la entidad en cuanto a que va a negar prescripciones futuras.

Contrastados los fundamentos fácticos con los medios probatorios incorporados al trámite tutelar se constata que: **(i)** La señora ORTEGA GÉLVEZ reside en el municipio de Saravena Arauca, y se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo. **(ii)** Debido al diagnóstico de *“(Z359) supervisión de embarazo del alto riesgo, sin otra especificación”* la NUEVA E.P.S. autorizó las prescripciones de: *“consulta de primera vez por especialidad en perinatología y ecografía obstétrica con detalle anatómico”*, -programadas para el día 04 de octubre de 2022-, en la Clínica San José ubicada en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander). **(iii)** En la historia clínica expedida en el Hospital del Sarare del 24 de agosto de 2022, el médico tratante constató que la paciente presenta *“gestación de 16.6 semanas por hipotiroidismo gestacional en tto, riesgo tromboembólico bajo, alto riesgo obstétrico dado a antecedentes de óbito y diabetes gestacional preclamsia, con resultado adverso se recomienda reposo absoluto, no transportar en carro por mucho tiempo debido a la complicación del embarazo”*. **(iv)** El médico tratante, además, a través de indicación

médica prescribió: “SS valoración por perinatología (gestación de alto riesgo dado antecedentes) con un acompañante debido a su estado de salud se recomienda transportarse vía aérea paciente por su condición no puede trasladarse por vía terrestre”. (v) La señora ORTEGA GELVEZ, finalmente asistió a las consultas el 04 de octubre de 2022 y la NUEVA E.P.S. proporcionó los servicios complementarios- transportes ida y vuelta- terrestre (Saravena Arauca) y aéreo (Arauca Cúcuta), alojamiento y alimentación; tanto para ella como un acompañante.

Bajo este marco conceptual, preliminarmente ha de indicarse, que debido a que la NUEVA E.P.S. garantizó los componentes solicitados por la accionante antes del fallo de primera instancia (05 de octubre de 2022), necesarios para que asistiera a las consultas médicas programadas en la ciudad de Cúcuta el pasado 04 de octubre; se configura la carencia actual del objeto por hecho superado. Pues como es sabido, esta figura ocurre cuando desaparece el motivo que generó la inconformidad y la resolución de la acción de tutela no generaría efecto material alguno al desaparecer la acción y omisión que dio origen a la solicitud de amparo, en efecto, la Corte Constitucional ha señalado: *“Esta Corporación ha considerado que la decisión del juez de tutela carece de objeto cuando al momento de proferirla, se encuentra que la acción u omisión que dio origen a la solicitud de amparo, ha cesado, pues desaparece toda posibilidad de amenaza o vulneración a los derechos fundamentales. En este sentido, cuando hay carencia actual de objeto la protección a través de la tutela pierde sentido y, en consecuencia, el juez queda imposibilitado para emitir alguna orden dirigida a proteger el derecho fundamental invocado”*²⁵.

Ello puede suceder cuando se presenta un hecho superado, un daño consumado, o una situación sobreviniente que torne inocuo el amparo, fenómenos que la Corte ha explicado de la siguiente manera:

“En primer lugar, se entiende por hecho superado la situación que se presenta cuando, durante el trámite de la acción de tutela o de su revisión eventual ante la Corte Constitucional, sobreviene la ocurrencia de hechos que demuestran que las circunstancias existentes al momento de interponer la acción se transformaron y por lo tanto la parte accionante ha perdido el interés en la satisfacción de su pretensión o ésta no puede obtenerse, pues la situación en principio informada a través de la tutela, ha cesado.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha comprendido el hecho superado dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela, lo que permite suponer que la satisfacción de las pretensiones devino de una conducta positiva por parte de la persona o entidad demandada en orden a garantizar los derechos del accionante.

Seguidamente, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando no se repara la vulneración del derecho, sino que, a raíz de su falta de garantía, se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-312 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

con la orden del juez de tutela. En esos casos procede el resarcimiento del daño causado por la violación del derecho fundamental.

Finalmente, respecto a la carencia actual de objeto cuando se presenta cualquier otra circunstancia que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela, la Corte ha manifestado que “es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto”²⁶

Así mismo, la Alta Corporación señala que el hecho superado se configura cuando confluyen los siguientes elementos: “1. *Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.* **2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.** 3. *Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado”²⁷*

Ahora bien, por la naturaleza del caso, lo anterior no exime el análisis de fondo del mecanismo constitucional; es por ello, que corresponde al Juez Constitucional analizar los criterios jurisprudenciales sujetos al suministro de los servicios de *transporte intermunicipal, alojamiento y alimentación* para el usuario y un acompañante.

En el caso del transporte ambulatorio para el paciente, de acuerdo con la Corte Constitucional²⁸, está sujeto a las siguientes reglas: “**a).** *en las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro; b).* *en los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagaran por la unidad de pago por capitación básica; c).* *no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal de los servicios o tecnologías en salud incluidos por el PBS, debido a que esto es financiado por el sistema; d).* *no requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema (prescripción, autorización prestación). Es obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización del servicio en un municipio diferente al domicilio del paciente; e).* *estas reglas no son aplicables para gastos de transporte interurbano, ni transporte intermunicipal para la atención de tecnologías excluidas del PBS.”*

Bajo tales presupuestos, se logra evidenciar que la NUEVA E.P.S., en principio con su negativa de suministrar dicho componente, que dio origen a esta acción constitucional, vulnera el derecho fundamental a la salud de la señora SOLMAIRA ORTEGA GELVEZ, quien reside en el

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-312 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-021 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, citando la Sentencia T-045 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁸ SU- 508 de 2020.

municipio de Saravena- Arauca; el cual, se encuentra incluido en la Resolución 2381 de 2021, que financia a los municipios ubicados en zonas de dispersión geográfica; así mismo, existe prescripción médica que indica que la paciente requiere transportarse por vía aérea y con el acompañamiento de un tercero debido a su estado de embarazo de alta complejidad, situación que la hace merecedora de una protección reforzada; de ahí que, de existir circunstancias que le impidan acceder al servicio prescrito, se pone en riesgo su vida y, también del que está por nacer, pues de acuerdo con los elementos probatorios allegados al expediente, las condiciones de su estado de gestación pueden implicar alto riesgo sino recibe de manera oportuna el tratamiento médico que requiere para el manejo de su diagnóstico, protección que en este caso se ve doblemente protegida, por tratarse de una mujer embarazada catalogada como un sujeto de especial protección constitucional por parte del Estado.

En relación al servicio de transporte para el acompañante y los de alojamiento y alimentación, tanto para el paciente como su acompañante, la jurisprudencia constitucional también precisa un conjunto de condiciones que permiten financiar el servicio aludido cuando: “(i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”²⁹.

Con respecto a lo anterior, debe reiterarse una vez más que en los casos en que el accionante afirme no contar con los recursos necesarios para sufragar los costos asociados a los servicios aludidos (negación indefinida), la Corte ha señalado que debe invertirse la carga de la prueba, correspondiendo a la entidad accionada demostrar lo contrario³⁰. Esto último es comprensible en el marco de la garantía efectiva del derecho fundamental a la salud, pues, como se ha reiterado en esta providencia, el sistema está en la obligación de remover las barreras y obstáculos que impidan a los pacientes acceder a los servicios de salud que requieran con urgencia.

En consecuencia, será el juez de tutela el que tendrá que analizar las circunstancias de cada caso en particular y determinar si se cumplen con los requisitos definidos por la jurisprudencia, caso en el cual deberá ordenar los pagos de transporte, alojamiento y alimentación

²⁹ Sentencia T-679 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Sentencia T-745 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo y Sentencia T-069 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

³⁰ Sentencia T-405 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo; Sentencia T-073 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y Sentencia T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

del afiliado y de un acompañante. Esto último, como se ha expuesto, dentro de la finalidad constitucional de proteger el derecho fundamental a la salud.

Descendiendo al caso, nos encontramos frente a una mujer que debido a su estado de embarazo de alta complejidad requiere del acompañamiento de un tercero para desplazarse a otra ciudad, tal como lo indicó su médico tratante. En cuanto a la situación económica, la señora ORTEGA GELVEZ, asegura que la ausencia de recursos económicos le impide asumir los gastos de desplazamiento por su cuenta propia. Afirmaciones que no fueron desvirtuadas por la NUEVA E.P.S., tal como lo exige la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En relación con el tratamiento integral, la Corte Constitucional indica que el reconocimiento de este, solo se declarara cuando “(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente³¹, y (ii) cuando el usuario es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas, o con aquellas personas que exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”³². Así mismo, en sentencia T-081 de 2019, precisó que la orden de tratamiento integral depende de varios factores, tales como: “(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”.

De modo que, el juez de tutela debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto del actor y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados³³.

En tal sentido, a pesar que la NUEVA E.P.S. autorizó los servicios médicos y, garantizó los complementarios antes de la sentencia de

³¹ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³² Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

³³ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

primera instancia; su comportamiento inicial fue negligente y, por lo tanto, la causa que llevó a la promotora del amparo a acudir a este mecanismo excepcional. Además, la E.P.S. durante todo el trámite tutelar fue renuente en garantizar los componentes que requería la accionante; es decir, no exhibió su voluntad en proporcionarlos, sino que siempre se opuso sin analizar las condiciones de la paciente constatadas en su historia clínica. Razón por la cual, la orden **del tratamiento integral es procedente**; pues con ello no se está presumiendo la mala fe de la entidad, sino de proteger el goce efectivo de los derechos fundamentales de la señora SOLMAIRA ORTEGA GELVEZ, quien es un sujeto de especial protección constitucional, por encontrarse en estado de embarazo con un diagnóstico de alto riesgo; tal posición implica el reconocimiento de una situación de extrema vulnerabilidad, por lo que el Estado tiene la obligación de brindar protección y asistencia, así como de garantizar de manera reforzada las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos.

Así las cosas, se declarará la carencia actual del objeto por hechos superado en cuanto a los servicios complementarios necesarios para asistir a *“consulta de primera vez por especialidad en perinatología y ecografía obstétrica con detalle anatómico”*; y, se confirmará en todo lo demás.

Cuestión final. Respecto a la petición de la E.P.S. para que se autorice el recobro ante la ADRES, esta Corporación es fiel al criterio expuesto por la Corte Constitucional, quien ha dicho que *“la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en obstáculo para que el usuario acceda a ellos. La EPS y la IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida las condiciones establecidas en ella; **no depende de decisiones de jueces de tutela**. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren”*.³⁴

4. Decisión

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pere, M.P. Alejandro Linares Cantillo, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la carencia actual del objeto por hecho superado en cuanto a los servicios complementarios necesarios para asistir a *“consulta de primera vez por especialidad en perinatología y ecografía obstétrica con detalle anatómico”*.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluida, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada