REPÚBLICA DE COLOMBIA

DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No. 0017

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	81736318400120220064901 Enlace link
Accionante:	MARÍA ANGELINA CALDERÓN CHIQUILLO
Agenciado:	K.A.R.C.
Accionado:	NUEVA EPS
Derechos invocados:	Salud
Asunto:	Sentencia

Sent. No.005

Arauca (A),diecinueve (19) de enero dos mil veintitrés (2023)

1. Asunto a tratar

Decidir la impugnación presentada por la señora MARÍA ANGELINA CALDERÓN CHIQUILLO, contra la sentencia de tutela proferida el 18 de noviembre del 2022 por el JUZGADO PROMISCUO DE FAMILIA DE SARAVENA.

2. Antecedentes

2.1. De la demanda[1]

La señora MARÍA ANGELINA CALDERÓN CHIQUILLO manifiesta que su hijo K.A.R.C.[2] afiliado a la NUEVA EPS, desde el año 2019 en la Clínica Cardio infantil de Bogotá fue diagnosticado con *"Hemofilia A Severa deficiencia hereditaria del factor VIII",* por lo que debe suministrar medicamento factor VIII dos veces por semana y llevarlo a control todos los meses con el hematólogo en la IPS Vihonco de la Ciudad de Cúcuta, institución que lo atendió el pasado 19 de octubre y agendó nueva cita para el 23 de noviembre de 2022 y aun cuando "*todo este tiempo la EPS me ha facilitado el transporte de manera aérea, pero yo no cuento con los recursos para pagar hospedaje, alimentación, transporte urbano y demás gastos*

[1] Presentado el 02 de noviembre de 2022.
[2] Niño de 4 años de edad. F.N. 10 de Mayo de 2018. Afiliado al régimen subsidiado de NUEVA E.P.S.

que implica viajar a Cúcuta todos los meses. Si no asiste a las citas médicas, no le renuevan la orden del medicamento que es vital para tratar el diagnóstico de mi hijo".

En aras de la protección constitucional frente a los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor, por cuanto carece de recursos económicos para asumir tales gastos solicita:

Pretensiones:

> *"PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones de vida digna para mi hijo KEINER ALDEMAR RAMOS CALDERÓN.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la EPS NUEVA EPS, garantizar el acceso a la prestación de un servicio médico de manera integral, es decir, autorizar todas las citas médicas, exámenes, medicamentos y procedimientos que sean ordenados con ocasión al diagnóstico de mi hijo.*
>
> *TERCERO: Se ORDENE a la NUEVA EPS continuar suministrando los gastos de transporte aéreo hasta la ciudad de Cúcuta para mi hijo y para mí (en calidad de acudiente), y autorizar los gastos de hospedaje, manutención y transporte urbano, para cumplir con las citas de control que tiene mensualmente con el hematólogo en la ciudad de Cúcuta o cuando requiera acudir a una ciudad distinta.*
>
> *CUARTO: Que se ORDENE el amparo de aquellos derechos fundamentales no invocados como amenazados, violados o vulnerados y que Usted, en su función de guardián de la Constitución, pueda establecer como violados, amenazados y vulnerados.*
>
> ***MEDIDA PROVISIONAL** Conforme lo preceptuado en el artículo siete (7) del Decreto 2591 de 1991, solicito de manera deferente, señor Juez, decretar medida provisional que tenga como finalidad hacer cesar la vulneración de mi derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas, ordenando de manera urgente y sin impedimento a la EPS Nueva EPS o a quien corresponda continuar suministrando los gastos de transporte aéreo hasta la ciudad de Cúcuta para mi hijo y para mí (en calidad de acudiente), y autorizar los gastos de hospedaje, manutención y transporte urbano, para cumplir con la cita de control con el hematólogo, programada para el 23 de noviembre en la ciudad de Cúcuta".*

Adjunta:

- *Copia historia clínica del 19 de octubre de 2022 expedida por VIHONCO IPS SAS.*
  - *Diagnóstico: Hemofilia A Severa deficiencia hereditaria del factor VIII.*
  - *Orden de servicios: cita control hematólogo.*
  - *Programación cita – 23 de noviembre de 2022, 10:00 A.m. Vihonco IPS SAS Cúcuta.*

- *Documento de identidad del agenciado.*
- *Documento de identidad agente oficioso.*

2.2. Trámite procesal

El JUZGADO PROMISCUO DE FAMILIA DE SARAVENA admite la acción de tutela[3], vincula a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA y, concede dos (2) días a la accionada y vinculada para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa.

Decreta la medida provisional: *"**ORDENAR COMO MEDIDA PROVISIONAL a NUEVA EPS, SUPERINTENDENCIA DE SALUDY UAESA**, cada una desde sus funciones administrativas correspondientes autorizar, suministrar y/o gestionar inmediatamente (una vez notificada esta providencia) garantizar el acceso a la prestación de un servicio médico cita con el HEMATÓLOGO, **también suministrar los servicios complementarios: transporte urbano, intermunicipal, alojamiento y alimentación para el accionante y un acompañante, tal como lo indica el médico tratante,** lo anterior con ocasión al diagnóstico que padece y respetando el principio de integralidad" (sic).*

2.3. Respuestas

La Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca- UAESA. Indica que, es competencia de la EPS donde se encuentra afiliado el menor K.A.R.C. autorizar y garantizar la atención correspondiente en salud. Por lo tanto, solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Empresa Promotora de Salud. Informa que, el accionante se encuentra en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL REGIMEN SUBSIDIADO desde el 16 de julio de 2018.

En cuanto al transporte para el afiliado, afirma que es improcedente otorgarlo por vía constitucional, porque que la accionante ni acredita haberlo solicitado, ni que la E.P.S. lo haya negado. Respecto de tal servicio para el acompañante advierte que debe demostrarse que: *"(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".* Criterios vigentes de la Corte Constitucional.

Respecto, al alojamiento y alimentación, recuerda que corren por cuenta del usuario a menos que acredite : *"(i) que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; (ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, (iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención*

[3] Auto de 03 de noviembre de 2022.

médica en el lugar de remisión exige "más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento".

En relación con la atención integral, manifiesta que, es improcedente por cuanto 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, solicita ordenar al ADRES reembolsar los gastos en que incurra al momento cumplir la orden tutelar.

Supersalud. Solicita su desvinculación, teniendo en cuenta que lo pretendido es competencia de la Entidad Administradora del Plan de Beneficios en Salud (EAPB).

2.4. Sentencia de primera instancia[4]

El JUZGADO PROMISCUO DE FAMILIA DE SARAVENA dispuso lo siguiente:

> *"PRIMERO: DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado en la presente acción de constitucional, por el cumplimiento a la acción constitucional a favor del menor KEINAR ALDEMAR RAMOS CALDERON.*
>
> *SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.*
> *TERCERO: Contra el presente fallo procede la IMPUGNACIÓN dentro de los tres días siguientes a su notificación.*
>
> *CUARTO: A costa de los interesados expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia.*
>
> *QUINTO: Si no fuere impugnada, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el art. 31 del Decreto 2591 de 1991.*
>
> *SEXTO: EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE estas diligencias".*

Fundamenta su decisión en lo siguiente:

> *"hay que manifestar que en conversación telefónica sostenida con la señora MARIA ANGELINA CALDERON al móvil No. 322-3298889 informando a juzgado que ya le estaban suministrando la cita con Hematólogo y los servicios complementarios ordenados por su médico tratante y por los cuales instauro la acción constitucional.*
>
> *De acuerdo a lo anterior, lo dicho por la entidad mencionada se da en entendimiento que la acción constitucional ejercida por la señora MARIA ANGELINA CALDERON actuando como agente oficios a favor del menor KEINER*

[4] Del 18 de noviembre de 2022.

ALDEMAR RAMOS CALDERON se da cumplimiento a la no vulneración de los derechos fundamentales incoados en la acción de tutela por tal razón se da la carencia actual de objeto por hecho superado.

(…) La señora MARIA ANGELINA CALDERON agenciante(sic) del menor KEINER ALDEMAR RAMOS CALDERON se le da cumplimiento a la CITA solicitada y ordenada por su médico tratante, circunstancia que torna improcedente la acción de amparo constitucional que se instauró en su favor por cuanto fue posible proteger los derechos invocados en la acción de tutela". (sic).

2.5. De la impugnación[5]

La señora MARÍA ANGELINA CALDERÓN CHIQUILLO, reprocha la decisión de la primera instancia porque no abordó de fondo el asunto y aboga por el tratamiento integral; ya que si bien es cierto, con la medida provisional la E.P.S. proporcionó los servicios complementarios para asistir a la cita del 23 de noviembre de 2022, debe continuar garantizando tales gastos cada vez que su hijo requiera asistir a citas de control en la ciudad de Cúcuta.

3. Consideraciones

3.1. Competencia

Es competente esta Sala para desatar la impugnación conforme el artículo 86 constitucional y lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

3.1. Presupuestos de procedibilidad

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.[6]

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. La señora MARÍA ANGELINA CALDERÓN CHIQUILLO, promueve el amparo a favor de su menor hijo K.A.R.C. de cuatro años de edad; por lo tanto, es evidente que a la luz de la jurisprudencia constitucional existe legitimación por activa para agenciar los derechos de los niños, niñas y adolescentes[7].

---

[5] Presentada el 21 de noviembre de 2022

[6] Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

[7] Sentencia T-844 de 2011

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, también se cumple, en el entendido que, NUEVA E.P.S., es la encargada de prestar y garantizar los servicios de salud al agenciado.

Inmediatez. Se cumple debido a que la autorización de servicios fue expedida, para asistir a consulta con especialista el pasado 23 de noviembre en la ciudad de Cúcuta, razón por la cual, se cumple este requisito toda vez que la, acción de tutela fue presentada el 02 de noviembre del 2022.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional[8], 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 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."*[9]

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con: *"[c]conflictos 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."*[10]

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 salud[11]. De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,[12] 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

---

[8] Sentencia T-122 de 2021.

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

[10] Ibidem.

[11] 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. Alejando Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

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

adoptara, implementara e hiciera público un plan de medidas para adecuar y optimizar su funcionamiento.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud[13].

3.2. Problema Jurídico

Determinar si la NUEVA E.P.S. vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida del menor K.A.R.C. y, si se justifica ordenar un tratamiento integral.

3.3. Supuestos jurídicos

3.3.1. Naturaleza de la acción de tutela

De conformidad con el artículo 86 superior y en concordancia con el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda *"acción u omisión de las autoridades públicas"* que vulnere o amenace vulnerar los derechos fundamentales y, en casos específicos, por un particular. Dicha protección consistirá en una orden para que la autoridad accionada actúe o se abstenga de hacerlo.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992[14], compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015[15] 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. De los servicios complementarios.

En el caso del transporte ambulatorio para el paciente, de acuerdo con la Corte Constitucional[16], 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*

---

[13] 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 aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

[14] *Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).*

[15] *Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.*

[16] SU- 508 de 2020.

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."*

Respecto 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 hacer operativa la garantía aludida. Al respecto, la alta Corporación dispuso que procede 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*"[17].

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 contrario[18]. Esto último es comprensible en el marco de la garantía efectiva del derecho fundamental a la salud; por lo que, 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 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.

3.4.3. Del tratamiento integral

---

[17] *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.*

[18] *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.*

Según, el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el ***principio de integralidad***, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con "*independencia del origen de la enfermedad o condición de salud*". En concordancia, no puede "*fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario*". Bajo ese entendido, ante la duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud "*cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada*".

Bajo esa misma línea, la Corte Constitucional sostiene que, en virtud del principio de integralidad, *"el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento del estado de salud o la mitigación de las dolencias del paciente, sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan. En este sentido, ha afirmado que la orden del tratamiento integral por parte del juez constitucional tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante. No obstante, este tribunal ha señalado que la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluir unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber:· 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 o la realización de tratamientos; y · Que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente."*[19]

Entonces, la integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud, entre ellas las I.P.S. y E.P.S., de ahí que deben garantizar una atención integral de manera eficiente y oportuna, esto es, suministrar autorizaciones, tratamientos, medicamentos, intervenciones, remisiones, controles, y demás servicios y tecnologías que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante, hasta su rehabilitación final.

En otro sentido, la Corte Constitucional indica que el reconocimiento del tratamiento integral solo se declarara cuando "*(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello*

[19] *Corte Constitucional, Sentencia T 475 del 06 de noviembre de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.*

pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente[20]*, 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"*[21]*.*

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 afiliados[22].

3.2. Solución al problema jurídico

Conforme lo dispuesto en 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 199224, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 201525 señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto

---

[20] *Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.*

[21] *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*

[22] *Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.*

constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

En esta oportunidad, la señora MARÍA ANGELINA CALDERÓN CHIQUILLO, en calidad de agente oficiosa de su hijo K.A.R.C.[23], diagnosticado con "*Hemofilia A Severa deficiencia hereditaria del factor VIII",* acude a este mecanismo excepcional para que la NUEVA E.P.S. "continúe suministrando" – *"los gastos de transporte aéreo hasta la ciudad de Cúcuta para mi hijo y para mí (en calidad de acudiente), y autorizar los gastos de hospedaje, manutención y transporte urbano, para cumplir con la cita de control con el hematólogo, programada para el 23 de noviembre en la ciudad de Cúcuta"*; gastos que por su precaria situación económica, no puede sufragar. Motivo por el cual, solicita el amparo a los derechos fundamentales de su hijo y una orden de tratamiento integral en salud. Como quiera que la primera instancia declaró la carencia actual del objeto por hecho superado, la promotora del amparo impugna para que se decida respecto de la orden de tratamiento integral.

Un cuidadoso análisis de la situación fáctica y de los elementos de prueba incorporados al trámite tutelar, permite constatar que la NUEVA E.P.S. de manera diligente y oportuna autorizó *"consulta de control o de seguimiento por especialista en hematología"*, programada para el 23 de noviembre de 2022 en la I.P.S. VIHONCO SAS ubicada en la ciudad de Cúcuta, y en relación con los servicios complementarios, fue la propia accionante quien afirmó puntualmente que *"todo este tiempo la E.P.S. me ha facilitado el transporte de manera aérea, pero yo no cuento con recursos para pagar el hospedaje, alimentación, transporte urbano y demás gastos que implica viajar a Cúcuta todos los meses. Si no asiste a las citas médicas, no le renuevan la orden del medicamento que es vital para tratar el diagnostico de mi hijo".* Es decir, que la E.P.S. al facilitar únicamente el servicio de transporte al usuario para trasladarse a un municipio diferente al lugar de residencia, garantiza el acceso efectivo a los servicios de salud; precisamente, en Sentencia T-122 de 2021, la Corte Constitucional señaló que: *"cuando un usuario del Sistema de Salud debe desplazarse de su municipio o ciudad de residencia para acceder a un servicio de salud ambulatorio que requiere y está incluido en el plan de beneficios vigente, pues la EPS autorizó la prestación de tal servicio en una institución prestadora por fuera de dicho municipio o ciudad, la EPS debe asumir el servicio de transporte, por cuanto no hacerlo podría equivaler a imponer una barrera de acceso al servicio. Este servicio de transporte intermunicipal para paciente ambulatorio no requiere prescripción médica porque es después de la autorización de la EPS (que sigue a la prescripción) que el usuario sabe en dónde exactamente le prestarán el servicio ordenado por su médico. Por eso, el cubrimiento del servicio de transporte intermunicipal es responsabilidad de la EPS desde el momento en que autoriza la prestación del*

[23] Niño de 4 años de edad. Afiliado al régimen subsidiado de NUEVA E.P.S.

servicio de salud en un municipio distinto a aquél donde vive el usuario. Adicionalmente, la Corte Constitucional aclaró, en la misma Sentencia SU-508 de 2020,[24] que no es exigible que el usuario pruebe la falta de capacidad económica para que la EPS esté obligada a asumir el servicio de transporte intermunicipal, dado que este es un servicio financiado por el Sistema de Salud para asegurar el acceso a los servicios que requiere". Ahora, respecto al alojamiento y alimentación, se requiere el cumplimiento de otros presupuestos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tales como: "*(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*"[25]. Componentes que debe solicitar el usuario o su representante ante la NUEVA E.P.S. y que, en este caso, la accionante no acreditó tal diligencia, por el contrario, acudió a la acción de tutela de manera directa.

Recordemos que el accionante tiene una carga mínima y sumaria de demostrar el comportamiento reprochable de la entidad demandada; precisamente una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan; la carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva, se conoce como *"ius probandi",* el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tantos los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo[26].

De acuerdo con la doctrina, esta carga procesal se refiere a *"la obligación de "probar", de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero"*[27]. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

---

[24] Sentencia 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.

[25] *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.*

[26] C-086 de 2016.

[27] Leo Rosenberg, La Carga de la Prueba, Ediciones Jurídicas Europa América, p.18.- Cfr. Sentencia T-733 de 2013.

> *"Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan".*[28]

De hecho, la Corte Constitucional en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio *"onus probandi incumbit actori"*, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.

En cuanto al tratamiento integral, como se destaca en los supuestos jurídicos, se encuentra supeditada a los requisitos establecidos por la jurisprudencia; principalmente que la E.P.S. haya actuado con negligencia; de lo contrario, 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 afiliados[29].

En este caso, ante la inexistencia de elementos que permitan inferir de manera concreta la negligencia de la EPS, resulta improcedente emitir una orden tratamiento integral; aún más, cuando se evidencia que la accionada ha garantizado los servicios médicos que ha requerido el menor K.A.R.C. con ocasión de su diagnóstico.

Es así que se revocará la sentencia de primera instancia que declaró la carencia actual del objeto por hecho superado con ocasión de la medida provisional, pues no existió un comportamiento omisivo por parte de la NUEVA E.P.S. Como es sabido, el decreto de una medida provisional, debe ser producto de un apropiado examen de las piezas procesales y no de un apresurado juicio de valor que se haga ante la pretensión de la accionante.

---

[28] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de mayo de 2010. Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.
[29] Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Es necesario que existan razones suficientes que sustenten la necesidad de dictarlas, ya que su decreto es excepcional. Por tanto, se debe *"analizar la gravedad de la situación fáctica propuesta, junto con las evidencias o indicios presentes en el caso".* Concretamente, según lo dispuesto por la honorable Corte Constitucional, la procedencia de las medidas provisionales está supeditada al cumplimiento de estas tres exigencias:

> *i)* ***Que exista una vocación aparente de viabilidad****. Significa que debe "estar respaldada en fundamentos (a) fácticos posibles y (b) jurídicos razonables", es decir, que tenga apariencia de buen derecho (fumus boni iuris). Este requisito exige que el juez pueda inferir, al menos prima facie, algún grado de afectación del derecho. Aunque en la fase inicial del proceso "no se espera un nivel de certeza sobre el derecho en disputa, sí es necesario un principio de veracidad soportado en las circunstancias fácticas presentes en el expediente y apreciaciones jurídicas razonables soportadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional".*
>
> *(****ii) Que exista un riesgo probable de afectación a derechos fundamentales por la demora en el tiempo*** *(periculum in mora). Debe existir "un alto grado de convencimiento de que la amenaza de perjuicio irremediable es cierta, y que el daño, por su gravedad e inminencia, requiere medidas urgentes e impostergables para evitarlo". Es decir, la medida provisional procede cuando la intervención del juez es necesaria para evitar un perjuicio "a un derecho fundamental o al interés público, que no podría ser corregido en la sentencia final".*
>
> ***(iii) Que la medida no resulte desproporcionada.*** *La medida no debe generar un daño intenso a quien resulta directamente afectado por ella. Este requisito exige una ponderación "entre los derechos que podrían verse afectados y la medida", con el fin de evitar que se adopten decisiones que, aunque tengan algún principio de justificación, "podrían causar un perjuicio grave e irreparable a otros derechos o intereses jurídicos involucrados".*

En este caso, se impuso a la Nueva EPS la obligación de cumplir una medida provisional aun cuando la misma accionante admite que la demandada le ha suministrado el servicio de transporte durante el tratamiento del agenciado; al respecto, pretende: *"ordenar a la NUEVA EPS continuar suministrando los gastos de transporte aéreo hasta la ciudad de Cúcuta para mi hijo y para mi (en calidad de acudiente), y autorizar los gastos de hospedaje, manutención y transporte urbano, para cumplir con las citas de control que tiene mensualmente con el hematólogo en la ciudad de Cúcuta o cuando requiera acudir a una ciudad distinta".* Afirmación que es respaldada por la demandada quien, en el marco de sus competencias ha cumplido con su responsabilidad, sin desconocer que el usuario tiene unos deberes y obligaciones para activar la prestación del servicio.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar, se negará el amparo solicitado; pues de lo contrario, concederlo en estas circunstancias, iría en contravía del propósito mismo del trámite tutelar e implicaría un indebido ejercicio de este excepcional

mecanismo constitucional, tal como lo ha preceptuado la Corte Constitucional:

> *"El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991]". Así pues, se desprende que* ***el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.***
>
> *En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la T-883 de 2008 , al afirmar que "partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...)* ***En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico- jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan*** *(…)" , ya que "sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (…)" .*
>
> *Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, "ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos."*[30]*(Negrita fuera de texto).*

4. DECISIÓN.

[30] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-130 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2022, por el JUZGADO PROMISCUO DE FAMILIA DE SARAVENA – ARAUCA y en su lugar, negar el amparo solicitado.

SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ

Magistrada Ponente

MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Magistrada

LAURA JULIANA TAFURT RICO

Magistrada