

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN



Magistrada Ponente:
LAURA JULIANA TAFURT RICO

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
SENTENCIA	GENERAL N° 62 – SEGUNDA INSTANCIA N° 51
ACCIONANTE	FAYS EDUARDO CALDERÓN PRADO en nombre del menor H.A.S.G.
ACCIONADOS	ADRES – UAESA – NUEVA EPS
RADICADO	81-736-31-89-001-2022-00169- 01
RADICADO INTERNO	2022-00134
TEMAS Y SUBTEMAS	DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, DEL TRATAMIENTO INTEGRAL, SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Acta de Discusión No. 225

Arauca (Arauca), seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por la **NUEVA EPS**, frente al fallo proferido el 29 de abril de 2022 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca), que decidió amparar los derechos fundamentales a la *salud, vida, dignidad humana, igualdad, mínimo vital y seguridad social* invocados por el accionante a través de agente oficioso, dentro del escrito de tutela que instauró contra la **NUEVA EPS**, la **ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE SALUD DE ARAUCA (UAESA)**.

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante

El señor FAYS EDUARDO CALDERÓN PRADO, judicante ad honorem de la Personería Municipal de Saravena, y actuando como agente oficioso del menor **H.A.S.G.**, quien tiene un (1) mes de nacido y, por tanto, sujeto de especial protección constitucional¹, manifestó que el infante como afiliado al régimen subsidiado en la NUEVA EPS, fue ingresado de urgencia al Hospital del Sarare con un diagnóstico de «*FRACTURA DE LA DIÁFISIS DEL FÉMUR*»².

Indicó que el 6 de abril de 2022 el médico tratante ordenó la remisión del lactante a un centro hospitalario de mayor nivel por la especialidad de «*ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGÍA*», razón por la cual el 7 de abril de 2022 es trasladado a la IPS Hospital La Misericordia de Bogotá; sin embargo, la NUEVA EPS negó los servicios complementarios de alojamiento, alimentación y transporte para la acompañante del menor en la ciudad de Bogotá.

Con base en lo anterior, solicitó ordenar a la NUEVA EPS, UAESA y ADRES que de forma inmediata y sin dilaciones proporcionen; **(i)** los «*SERVICIOS COMPLEMENTARIOS DE HOSPEDAJE, ALIMENTACIÓN TRANSPORTE URBANO, TRANSPORTE INTERDEPARTAMENTAL (IDA Y REGRESO) AÉREO*»; y **(ii)** la «*atención integral en salud al menor H.A.S.G.*», y abstenerse de interrumpir el suministro de servicios y elementos médicos, tales como «*remisiones, citas médicas con cualquier especialista, realización de exámenes, procedimientos quirúrgicos, medicamentos POS, NO POS, transporte terrestre o aéreo de acuerdo a prescripciones médicas para él y su acompañante cada vez que sean necesarios, requeridos u ordenados por el médico tratante*»³; en igual sentido elevó medida provisional.

Aportó las siguientes pruebas⁴: **(i)** Certificado de Registro Civil de Nacimiento de H.A.S.G; **(ii)** historia clínica del menor H.A.S.G expedida el 06 de abril de los corrientes con un diagnóstico de: «*FRACTURA DE LA*

¹ Artículo 44, Constitución Política de Colombia

² Cuaderno de Juzgado. 01TutelaAnexos. Historia Clínica Fl. 22 - 25

³ Cuaderno del Juzgado. 01TutelaAnexos. F. 5.

⁴ Ibid. F. 20 a 25.

DIÁFISIS DEL FÉMUR» **(iii)** historia clínica – recepción de remisión por especialidad de «Ortopedia y traumatología» de III nivel, área neonatal aceptado en la IPS Hospital de la Misericordia en Bogotá.

2.2. Sinopsis procesal

Presentada la acción constitucional el 08 de abril 2022⁵, esta fue asignada por reparto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca), autoridad judicial que mediante auto de la misma data la admitió y como medida provisional ordenó a la NUEVA EPS que de manera *inmediata y urgente* suministrara al paciente H.A.S.G. y a su acompañante los servicios complementarios de alimentación, hospedaje y transporte intermunicipal y urbano, de cara a la remisión efectuada a la especialidad de ortopedia y traumatología, estancia neonatal, en el Hospital La Misericordia de la ciudad de Bogotá, la cual se efectuó el 7 de abril de 2022⁶.

Notificada la admisión, las entidades llamadas al proceso se pronunciaron en los siguientes términos:

2.2.1. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)⁷

Refirió que de conformidad con la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 546 de 2017 es función de la EPS y no del ADRES, la prestación de los servicios de salud que refiere el accionante, por lo que alegó que carecía de legitimación en la causa por pasiva.

Señaló que por virtud del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 se estableció el mecanismo de los presupuestos máximos a través del cual se asigna un presupuesto anual a las EPS, que es transferido por la ADRES para que las entidades promotoras de salud garanticen a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías no financiados con los recursos de la

⁵ Cuaderno del Juzgado. 01TutelaAnexos. F. 1.

⁶ Cuaderno del Juzgado. 03AutoAdmisorio.

⁷ Cuaderno del Juzgado. 05RespuestaADRES.

Unidad de Pago por Capitación (UPC). Es decir, que el ADRES ya transfirió a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de evitar obstáculo alguno para garantizar de manera oportuna e ininterrumpida los servicios de salud.

2.2.2. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA (UAESA)⁸

Manifestó que el menor **H.A.S.G.** se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud de la **NUEVA EPS**, en el municipio de Tame (Arauca), por lo que corresponde a esa entidad garantizar la atención integral en salud y autorizar los servicios complementarios que necesite el usuario, sean que estén incluidos o no en el PBS, con la posibilidad de hacer el respectivo recobro a la entidad competente cuando no estén en el mismo.

Conforme a lo anterior, la UESA no es el sujeto pasivo llamado para cumplir con la obligación que ordene el juez constitucional, por lo que solicitó su desvinculación de este trámite.

2.2.3. NUEVA EPS⁹

Manifestó que el accionante se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud – Régimen Subsidiado en estado activo perteneciente a la población en condiciones de desplazamiento forzado.

En cuanto al traslado requerido por el accionante, aduce que no está acreditada la urgencia de ese servicio por el médico tratante y que tampoco existe remisión entre IPS, además, el traslado de pacientes se realiza de “*manera hospitalaria y ambulatoria*”. Aunado a lo anterior, el servicio de transporte no hace parte de la cobertura establecida por el Plan de Beneficios de Salud, por ende, será cubierto únicamente cuando el usuario

⁸ Cuaderno del Juzgado. 06RespuestaUAESA.

⁹ Cuaderno del Juzgado. 07RespuestaNuevaEPS.

sea remitido de una IPS a otra para continuar con el tratamiento establecido por los médicos tratantes.

En cuanto a los servicios complementarios de transporte, hospedaje y alimentación para el acompañante señaló que es indispensable la concurrencia de tres (3) presupuestos jurisprudenciales constitucionales para su reconocimiento, a saber: *«(i) constatar que ni los pacientes ni su núcleo familiar cuenta con la capacidad económica para suplir los costos, (ii) evidenciar que al negar el financiamiento implica un peligro para la vida o estado de salud del paciente y, (iii) respecto a la solicitudes de alojamiento, se debe demostrar que en el lugar de remisión exige “más de un día de duración” y por ello implique cubrir los gastos mencionados»*.

Finalmente, se opuso a la orden de integralidad de los servicios de salud, porque se basa en hechos futuros e inciertos, máxime que la entidad tiene toda la disposición de cumplir con las obligaciones propias, para lo cual precisó que los tratamientos o procedimientos que no estén cubiertos por el PBS, cuando es del caso que el afiliado no cuente con la capacidad económica para cubrir el tratamiento, deben dirigirse a la respectiva entidad territorial de salud para su recobro.

2.3. La decisión recurrida¹⁰

Mediante providencia del 29 de abril de 2022, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca), luego de retomar los hechos expuestos en el escrito contentivo de la presente acción y citar la jurisprudencia aplicable al tema, decidió amparar los derechos fundamentales a la *salud, vida, dignidad humana, igualdad, mínimo vital y seguridad social* invocados por Fays Eduardo Calderón Prado, como agente oficioso del menor H.A.S.G; y, en consecuencia, dispuso:

«(...)

SEGUNDO: ORDENAR a la Nueva EPS que DE MANERA INMEDIATA autorice y suministre al paciente H.A.S.G. y a su acompañante, los servicios complementarios de transporte, alojamiento y alimentación, teniendo en

¹⁰ Cuaderno del Juzgado. 08FalloPrimeraInstancia.pdf

cuenta que el paciente está recibiendo tratamiento en el Hospital la Misericordia de Bogotá; asimismo, GARANTIZAR LA CONTINUACIÓN DE LA ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL, ININTERRUMPIDA, EFICAZ Y PRIORITARIA en salud requerida por el infante H.A.S.G., incluyendo los servicios complementarios de alimentación, alojamiento y transporte (aéreo o terrestre, según lo disponga el médico tratante) para el paciente y su acompañante, cuando deba asistir a tratamiento médico, citas y demás servicios de salud, en municipio distintos al de su residencia, de cara a su diagnóstico fractura de la diáfisis del fémur»

Para adoptar la anterior determinación, el Juzgado dejó constancia que se comunicó telefónicamente con la parte accionante, quien informó que la NUEVA EPS no ha suministrado los servicios complementarios de alojamiento y alimentación para la acompañante del menor, quien todavía se encuentra hospitalizado en la IPS Hospital la Misericordia de la ciudad de Bogotá recibiendo tratamiento médico; y que la progenitora del menor carece de recursos económicos para suplir los gastos del alojamiento y alimentación.

Por lo anterior, estimó procedente ordenar el tratamiento integral, de cara al diagnóstico de H.A.S.G., a la existencia de una remisión del médico tratante para ser atendido por la especialidad de ortopedia de III nivel y a la negligencia de la NUEVA EPS por no autorizar los servicios complementarios, *“dilatando la entrega al punto de que, a la fecha, no ha emitido ni la autorización de tales servicios, ni tampoco los ha suministrado, a pesar de la medida provisional decretada, con lo cual se ha puesto en riesgo la salud y vida del paciente de forma injustificada, prolongando el sufrimiento físico y emocional del mismo, teniendo en cuenta que tales servicios son indispensables para el acceso a los servicios médicos”¹¹.*

Por último, frente a los servicios NO PBS, recordó que con ocasión a las Resoluciones N° 205 y 206 de 17 de febrero de 2020, en las que se estableció el presupuesto máximo para la financiación de los servicios y tecnologías no financiadas con cargo a la UPC y no excluidos de la financiación con recursos del SGSSS, de los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado, se dispuso transferir a las EPS y EOC, anterior a

¹¹ Cuaderno del Juzgado. 08FalloPrimeraInstancia. F. 16.

la prestación del servicio, el presupuesto máximo que debe ser usado para el cubrimiento de los mencionados servicios y tecnologías con el fin de garantizar la atención en salud de los usuarios.

2.4. La impugnación¹²

Inconforme con la anterior decisión, la **NUEVA EPS** la *impugnó*, oportunidad en la cual insistió en los argumentos planteados al descorrer el traslado de rigor.

Manifestó que, en cuanto al transporte, alimentación y alojamiento para el accionante y su acompañante, son gastos fijos que debe cubrir la persona en cualquier circunstancia, por lo que no deben ser reconocidos vía tutela.

Finalmente pidió revocar el tratamiento integral porque el mismo se basa en supuestos fácticos que no han ocurrido y sin tener en cuenta que para proceder a la autorización de cualquier servicio o insumo se requiere una orden médica que lo respalde, sumado a que esa orden implica prejuzgamiento y presumir la mala fe de la entidad sobre hechos futuros inciertos.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Es competente este Tribunal para desatar la *impugnación* formulada por la **NUEVA EPS**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta Política.

3.2. Problema jurídico

¹² Cuaderno del Juzgado. 10ImpugnaciónNuevaEps.pdf

Corresponde a esta Corporación determinar si es procedente sostener la orden del Juez de primer grado que amparó los derechos fundamentales a la *salud, vida, dignidad humana, igualdad, mínimo vital y seguridad social*, o si, por el contrario, como lo sostiene la **NUEVA EPS** ha de revocarse la misma.

3.4. Examen de procedibilidad de la acción de tutela

3.4.1. Legitimación por activa

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para la protección inmediata de sus derechos fundamentales. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción constitucional de tutela, así: **(i)** a nombre propio; **(ii)** a través de representante legal; **(iii)** por medio de apoderado judicial; o **(iv)** mediante agente oficioso. El inciso final de esta norma también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señala los siguientes elementos normativos: **(i)** el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; **(ii)** del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancia físicas o mentales; **(iii)** la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; **(iv)** la ratificación de lo actuado dentro del proceso.

En el presente caso, no hay duda de que está dada la legitimación en la causa por activa de FAYS EDUARDO CALDERÓN PRADO judicante Ad honorem de la Personería Municipal de Saravena, porque actúa como agente oficioso del menor de edad **H.A.S.G.**

3.4.2. Legitimación por pasiva

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares, por lo que se encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva de la **NUEVA E.P.S.**, entidad encargada de garantizar y prestar el servicio de salud al accionante en atención a su afiliación.

3.4.3. Trascendencia Ius-fundamental

Tiene adoctrinado el máximo tribunal de justicia constitucional, que este requisito se supera cuando la parte accionante demuestra que en el caso objeto de estudio se involucra algún debate jurídico que gire en torno del contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental; aspecto que se cumple en el asunto sometido a consideración, toda vez que el reclamante funda su amparo la atención integral que propenda por garantizar los derechos fundamentales a la *salud, vida, dignidad humana, igualdad, mínimo vital y seguridad social*. Lo que en principio admite su estudio de fondo.

3.4.4. El principio de *inmediatez*

Refiere a la interposición de la solicitud de amparo dentro de un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos, para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, aspecto igualmente acreditado, por cuanto transcurrieron solo unos días desde la gestión de remisión a un IPS de III nivel expedida el 6 de abril de 2022 por el médico tratante y hasta la presentación de la solicitud de amparo, 08 de abril de 2022, lo que lleva a considerar el cumplimiento del principio de *inmediatez*.

3.4.5. Presupuestos de *subsidiariedad*

En cuanto a esta exigencia, como ha sido reiterativo por la jurisprudencia constitucional, el principio general es el empleo del juez ordinario, como vía de solución frente a la transgresión o amenaza del derecho, como lo tiene previsto el artículo 86 CP y el artículo 6 del Decreto

2591 de 1991. Puesto que la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: **(i)** la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; **(ii)** existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o **(iii)** para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En relación con la protección del derecho fundamental a la *salud*, el mecanismo jurisdiccional de protección que la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019, asignó a la Superintendencia Nacional de Salud no resulta idóneo ni eficaz en las circunstancias específicas de la tutelante, dado que H.A.S.G. por ser menor de edad (1 mes de nacido), es sujeto de especial protección constitucional que está requiriendo de forma inmediata un procedimiento quirúrgico ante la fractura de fémur que padece, por lo que la Sala encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad.

3.5. Supuestos jurídicos

3.5.1. Del derecho fundamental a la salud y su goce efectivo

Conforme se estableció en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, entre otros, la *salud* y el *bienestar*, misma garantía establecida en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando se instituyó que el ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de *salud física y mental*.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 48 de la Constitución Política que la seguridad social es *«un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley (...)»*. Y con fundamento en el artículo 49 Superior, todas las personas tienen el derecho de acceder a los servicios de salud cuando así sea requerido, existiendo a cargo de las

entidades prestadoras la carga de suministrar los tratamientos, medicamentos o procedimientos requeridos por el paciente, con el fin preservar su vida en condiciones dignas.

Así, con la Ley 100 de 1993, que estructuró el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y reglamentó el servicio público de salud, se estableció un acceso igualitario a la población en general al implementar al margen del régimen contributivo, un régimen subsidiado para las personas que no contaban con la posibilidad de gozar de este tipo de servicios. En aras de cumplir con este objetivo, la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011 han realizado modificaciones dirigidos a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud y del mejoramiento en la prestación de los servicios sanitarios a los usuarios. Actualmente la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, elevó a la categoría de fundamental el derecho a la salud, cuyo artículo 2 fue revisado previamente en sede de constitucional mediante sentencia C-313 de 2014, en la que se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

Esta preceptiva normativa, al igual que los distintos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional en torno a la naturaleza y alcance de este derecho, permiten establecer que la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ve afectada la salud del paciente.

3.5.2. Del derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional

Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, discapacitados y adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que en tratándose de los niños, niñas y adolescentes tienen un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, por virtud del artículo 44 de la Carta Política, en el cual se establecen como derechos fundamentales *“la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social”*, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de *“asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”* y que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”*

Fue así, que el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, radicó en cabeza del Estado *“implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años”*.

En el campo internacional los derechos fundamentales de los niños gozan igualmente de un amplio reconocimiento y de una especial protección. Por un lado, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 consagra que *“[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*, lo cual, a su vez, está establecido en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales que prevén en su contenido disposiciones orientadas a salvaguardar de manera prioritaria los derechos de los menores.

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (1989) en su artículo 3.1 se refiere al principio de interés superior de los

niños, al exigir que en *“todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Bajo ese panorama, respecto de los menores de edad, el derecho a la salud exige una protección especial y reforzada en atención a su temprana edad y la situación de indefensión en la que se encuentran; y por tal razón, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, la naturaleza *ius fundamental* de este derecho, expresa y prevalente, requiere un nivel de garantía superior por parte de las EPS, debido a la etapa vital en la que se encuentran, dado que cualquier retraso o negación en la prestación del servicio puede llegar a afectar de manera irreversible su condición médica.

En otras palabras, en tratándose de los niños y niñas, las EPS tienen una carga mayor cuando se trata de remover obstáculos administrativos para asegurarles la prestación del servicio en términos de prontitud, eficacia y eficiencia. En ese sentido, ha dicho la Corte Constitucional, que cuando se afecta la atención de un paciente con fundamento en situaciones extrañas a su propia decisión y correspondientes al normal ejercicio de las labores del asegurador, se conculca el derecho fundamental a la salud, en tanto se está obstaculizando por cuenta de cargas administrativas que no deben ser asumidas por el usuario¹³, porque:

“(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)”.¹⁴

Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica oportuna o la imposición de barreras formales para

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-256 de 2018.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-745 de 2013.

acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro o fuera del PBS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de vulnerabilidad -como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores-, son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales

3.5.3. Del tratamiento integral

El tratamiento integral tiene como objetivo 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, el derecho a la *salud* no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada o parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma *concurrente, armónica e integral*, propenden por la mejoría, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de sanidad del paciente¹⁵.

Ha sostenido la Corte Constitucional que la aplicación del principio de integralidad se encuentra contenido expresamente en algunas disposiciones normativas en el seno de la fundamentalidad de los derechos; como por ejemplo en el artículo 8 inciso 2 de la Ley 1755 de 2015, que establece que, en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología en salud, se entenderá que éstos comprenden todos los elementos esenciales para lograr el objetivo médico respecto a la necesidad en salud diagnosticada. Ese Alto Tribunal ha entendido que este efecto refleja también el principio *pro homine*; según el cual la duda sobre el alcance del servicio o tecnología puede derivar en consecuencias graves para el usuario, pues se le brindaría una atención inadecuada; siendo necesario que la duda se resuelva bajo el criterio de garantía efectiva de derechos, así como de evitar el daño sobre

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014.

quien se prestará el servicio o suministrará la tecnología en salud¹⁶. De tal suerte que, una actuación contraria desconocería los postulados constitucionales y los pronunciamientos de la Corte en los que se ha indicado que no se debe prestar un servicio que permita la mera existencia de la persona, sino que, además, le asegure unas condiciones de dignidad a pesar de sus irreversibles padecimientos.

Igualmente se tiene que la *atención integral* debe brindarse de manera **óptima, oportuna, eficiente** y de **alta calidad** a quien así lo requiera, conllevando entonces, a que sea el médico tratante quien emita la orden de servicios que efectivamente sean necesarios para la recuperación del paciente, así como el que determine el momento hasta el que se precisan dichos servicios.

Es decir, el derecho a la *salud* no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada o parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma *concurrente, armónica e integral*, propenden por la mejoría, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de sanidad del paciente¹⁷.

Por lo general, se ordena cuando **(i)** la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente¹⁸. Igualmente, se reconoce cuando **(ii)** 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 **(iii)** personas que «*exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas*».

Igualmente, se requiere que sea el médico tratante quien precise el diagnóstico y emita las órdenes de servicios que efectivamente sean

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011, posiciones reiteradas en la Sentencia T-092 de 2018.

necesarias para la recuperación del paciente, así como el que determine el momento hasta el que se precisan dichos servicios. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta viable dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; pues, de hacerlo, implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior¹⁹.

3.5.3.1. Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos, servicios y/o insumos, excluidos del Plan de Beneficios de Salud

El artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que, el derecho fundamental a la salud deberá garantizarse a través de la *“prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”*, integralidad en la prestación del servicio que fue ratificada por la Corte Constitucional, mediante análisis de constitucionalidad del proyecto de la Ley, en sentencia C-313 de 2014.

Ahora bien, ha dicho esa Alta Corte que, para reclamar servicios asistenciales o elementos que no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, con el fin de constatar si se pueden ordenar o no, que la entidad promotora de salud los suministre, es preciso evidenciar que *«(i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado*

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2019.

por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo»²⁰.

3.5.3.2. De los servicios complementarios de traslado, alojamiento y alimentación.

Respecto a los casos en que deben las EPS garantizar oportunamente la disponibilidad de los *servicios complementarios*, como lo son los gastos de **traslado, estadía y alimentación**, ha de señalarse que esta orden se da de manera preventiva y ante el hecho cierto que por la problemática de salud que presenta el paciente, no existe en la ciudad de residencia un centro de atención de tercer III nivel, donde puedan realizarle las valoraciones, exámenes y procedimientos que con ocasión de su patología pueda requerir, por lo que en caso de ser remitido por su EPS a otra ciudad, conforme lo determinen los médicos tratantes, se garantice que la falta de recursos para sufragar esos gastos, no constituya una barrera en su tratamiento.

En relación con el *transporte intermunicipal*, la Corte Constitucional ha establecido que es un medio para acceder al servicio de salud y, aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones puede constituirse en una limitante para materializar su prestación; luego, se trata de un medio de acceso a la atención en salud que, de no garantizarse, puede vulnerar los derechos fundamentales al desconocer la faceta de accesibilidad al sistema de salud reconocida en el literal c) del artículo 6° de la Ley Estatutaria de Salud. Las subreglas para la procedencia de este suministro de los gastos de transporte se encuentra condicionado a que: **(i)** el servicio fue autorizado directamente por la EPS, para que se suministrado por un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente; **(ii)** se compruebe que, en caso de no prestarse el servicio, se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario (hecho notorio); y **(iii)** se verifique que el usuario y su familia carecen de recursos económicos para asumir el transporte²¹.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-905 de 2010, reiterada en la T-471 de 2018.

²¹ Sentencias T-331 de 2016, T-707 de 2016, T-495 de 2017, T-032 de 2018 y T-069 de 2018.

En cuanto a la *alimentación y alojamiento*, la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional también ha reconoce que, en principio, no constituyen servicios médicos, de ahí que, por regla general, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, los gastos de estadía tienen que ser asumidos por él o su familia. No obstante, teniendo en consideración que no resulta posible imponer barreras insuperables para recibir los servicios de salud, excepcionalmente esta Corporación ha ordenado su financiamiento.

Por ello, de concurrir ciertas circunstancias específicas a partir de las cuales se logre demostrar, que quien pretende el amparo de sus derechos fundamentales y por ende la concesión de estos servicios, no cuenta, al igual que su familia, con los recursos económicos suficientes para sufragar estos costos, para así poder asistir a una cita de control médico, a practicarse exámenes o para realizarse un procedimiento médico de manera urgente; aunado al hecho que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la *vida*, la *integridad física* o el estado de salud del paciente, corresponde a la EPS (en cualquiera de los dos regímenes – subsidiado o contributivo) asumir dichos costos, en aras de brindar la atención pronta, oportuna y eficaz a sus usuarios/afiliados.

Puntualmente, en las solicitudes de *alojamiento*, de comprobarse que la atención médica en el lugar de remisión exige más de un día de duración, se cubrirán los gastos de alojamiento.

3.6. Caso concreto

Como quedó expresado en acápites anteriores, el menor H.A.S.G de un (1) mes de nacido, ingresó al Hospital del Sarare como usuario de la NUEVA EPS donde fue diagnosticado con «*FRACTURA DE LA DIÁFISIS DEL FÉMUR*» y, como consecuencia, el galeno tratante el 6 de abril de 2022 ordenó la remisión ***inmediata*** del infante al Hospital la Misericordia en la ciudad de Bogotá por la especialidad de «*ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGÍA*»; fue así que el 7 de abril de 2022 se realizó el traslado del menor con el acompañante a la ciudad de Bogotá; no obstante, la entidad promotora de

salud negó los servicios complementarios de alojamiento y alimentación, razón por la cual se interpuso la presente acción constitucional.

El juez de primera instancia como medida provisional ordenó a la NUEVA EPS que de manera inmediata garantizara al menor y a su acompañante los servicios complementarios de transporte, alojamiento y alimentación, mientras se encontrara recibiendo tratamiento en el Hospital la Misericordia de Bogotá.

Posteriormente, por fallo del pasado 29 de abril de 2022 concedió el amparo reclamado y ordenó a la NUEVA EPS garantizar el tratamiento integral, en virtud a que existe una prescripción del servicio por parte del galeno tratante y que si bien el menor ya fue remitido a la especialidad de ortopedia en centro hospitalario de III nivel, la EPS se han negado a prestar los servicios complementarios al acompañante del paciente.

La anterior decisión fue impugnada por la NUEVA EPS insistiendo en que el transporte, la alimentación y alojamiento para el tutelante y su acompañante, son gastos fijos que debe cubrir la persona en cualquier circunstancia; y que tampoco procede la orden de atención integral por apoyarse en hechos futuros e inciertos, además, manifestó que, para proceder a autorizar cualquier servicio o insumo se requiere una orden médica que lo respalde.

Pues bien, hechas las anteriores precisiones, en el *sub lite* acertada deviene la orden de suministrar al accionante *tratamiento integral en salud*, en los términos en que lo determinó la juez de primer grado, por cuanto: **(i)** el menor H.A.S.G con un (1) mes de nacido tiene un diagnóstico de «*FRACTURA DE LA DIÁFISIS DEL FÉMUR*», por lo que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta; **(ii)** se encuentra plenamente demostrado que el menor está afiliado a la **NUEVA E.P.S.**, en el régimen subsidiado; **(iii)** como lo evidencia la historia clínica para el seis (6) de abril de 2022 se ordenó la remisión inmediata del lactante a un centro hospitalario de mayor nivel por la especialidad de “*ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGÍA*” en el Hospital de la Misericordia en la ciudad de Bogotá;

(iv) según se verificó en la página web del Sisbén, se encuentra inscrito en el – SISBEN - grupo A3-IV -pobreza extrema²², con lo que se infiere la ausencia de recursos económicos de sus familiares para asumir los gastos que le genera su desplazamiento a un centro de salud fuera de su lugar de residencia.

Adicionalmente, este despacho entabló comunicación telefónica con la madre del menor, quien manifestó que la NUEVA EPS no suministró los servicios complementarios de hospedaje y alimentación que originó el traslado de su hijo a una IPS fuera de su residencia, y que, si bien su hijo se encuentra estable, con posterioridad a la cita con el especialista en ortopedia y traumatología ha surgido nuevas órdenes médicas que no han sido autorizadas por la NUEVA EPS.

Así las cosas, si bien es cierto durante el trámite de la tutela el menor fue trasladado a la ciudad de Bogotá para recibir la atención requerida por la especialidad de ortopedia en el Hospital La Misericordia, la **NUEVA EPS** se negó a garantizar ese traslado con un acompañante así como los demás gastos complementarios de hospedaje y alimentación, pese a la medida provisional decretada por el Juzgado, lo que refleja una actitud negligente en la prestación oportuna y eficaz de los servicios de salud, lo que pone en riesgo la vida e integridad del tutelante, pues el mismo galeno tratante indicó la necesidad de que ese traslado se hiciera con un acompañante, en atención a que es un infante de menos de un año de edad, cuyo diagnóstico es complejo y delicado, que de no tratarse oportuna e ininterrumpidamente, puede desencadenar otro tipo de afectaciones en su movilidad, sumado a que su progenitora afirmó que no cuenta con los recursos económicos suficientes para asumir de manera particular tales gastos.

Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

(...) cuando el servicio de transporte se requiera con necesidad y no se cumplan dichas hipótesis, los costos de desplazamiento no se pueden erigir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por

²² <https://www.sisben.gov.co/Paginas/consulta-tu-grupo.aspx>

*el médico tratante. Por consiguiente, “es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando **ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto** al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS” (Negrilla fuera de texto original)²³.*

De igual forma, vale traer a colación el pronunciamiento efectuado por ese Alto Tribunal en sentencia T-384 del veintiocho (28) de junio de 2013²⁴, en la cual señaló que tratándose de personas que integran el régimen subsidiado en salud, especialmente de aquellas que hacen parte del SISBEN, se presume su incapacidad económica para asumir el costo de acceso al servicio, y el servicio mismo de salud.

Por lo anterior, esta Sala encuentra que el promotor reúne todos los requisitos definidos por la jurisprudencia en comento, para que se le garanticen todos los servicios de *salud* a efectos que pueda continuar con el tratamiento por la especialidad de ortopedia y traumatología.

Respecto a los costos que debe asumir la EPS, teniendo en cuenta la Resolución 205 de 2020 y el artículo 240 del Plan Nacional de Desarrollo, que establece: «*los servicios tecnológicos en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS, quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguro Social en Salud (ADRES)*», significa que a la **NUEVA E.P.S.** ya le asignaron unos recursos no PBS, y en caso de sobrepasar el presupuesto máximo girado cuentan con un procedimiento especial sujeto a un trámite administrativo, sin que sea necesario que medie orden del juez de tutela, pues este opera por ministerio de la ley, sin que quede impedida la entidad para solicitarlo, en caso de que nada se diga en la tutela²⁵.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-259-19. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

²⁴ M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁵ *Se trata, en efecto, de una medida de política pública en materia de financiación de la salud que el legislador ha encontrado necesaria para impulsar el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo en dicha materia (art. 150.3 C.P.). Su regulación no desborda la naturaleza temporal del Plan, tiene conexidad directa con los propósitos y objetivos de su parte general, así como con el diagnóstico de salud en materia de financiación y sostenibilidad de beneficios no cubiertos por la UPC. Igualmente, tiene conexidad teleológica pues está orientada a cumplir el objetivo estructural de equidad en materia de salud específicamente, dicha conexidad es estrecha pues la elaboración del Plan y su documento de*

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, la **Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de abril de 2022, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca), dentro de la acción constitucional de la referencia.

SEGUNDO: Por secretaría **NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes, **COMUNÍQUESE** al juzgado de conocimiento de la manera más expedita y **REMÍTASE** el expediente en formato digital a la Corte Constitucional para su eventual revisión, según las directrices impartidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada Ponente


MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada


ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada