

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° 007 – SEGUNDA INSTANCIA N° 006
ACCIONANTES	JANETH ELIZABETH ORTEGA CEBALLOS
ACCIONADOS	NUEVA EPS
RADICADO	81-001-31-10-001-2023-00166-01
RADICADO INTERNO	2023-00524

Aprobado por Acta de Sala No. 027

Arauca (Arauca), veinticinco (25) de enero de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por la autoridad accionada **NUEVA EPS**, frente al fallo proferido el 23 de octubre de 2023 por el Juzgado Primero de Familia de Arauca, que concedió el amparo de los derechos fundamentales a la *salud, vida, seguridad social, dignidad humana, integridad personal*, invocados por **JANETH ELIZABETH ORTEGA CEBALLOS**, dentro de la acción de tutela que instauró contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante¹

Expuso la accionante que es madre cabeza de hogar, de escasos recursos, afiliada a la Nueva EPS en el régimen subsidiado, con un diagnóstico de «R682 BOCA SECA, NO ESPECIFICADA; M255 DOLOR EN ARTICULACIÓN», por lo que el médico tratante ordenó «(Código 898101) ESTUDIO DE COLORACIÓN BÁSICA EN BIOPSIA; (Código 261201)BIOPSIA

¹ Cuaderno del Juzgado. 02Demanda.

ESCISIONAL DE GLÁNDULA SALIVAL MENOR (CON CONDUCTO SALIVAL)», que fueron autorizados por la Nueva EPS, en el Hospital Universitario Clínica San Rafael de Bogotá, con cita agendada para el 25 de octubre de 2023 a las 7:00 a.m.

Indicó que solicitó de forma verbal ante un funcionario de la Nueva EPS el suministro de los servicios complementarios de transporte, alojamiento y alimentación para asistir a la práctica de los citados exámenes, pero fueron negados.

Por otro lado, informó que ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Arauca, hoy Juzgado Primero Penal Municipal de Arauca, previamente instauró acción de tutela con radicado 2022-00197-00, en la que solicitó la protección del derecho fundamental a la salud, con ocasión a la patología de *“CISTOCELE (CÓDIGO N811), SÍNDROME SECO (AJOGREN) (CÓDIGO M350), FIBROMIALGIA (CÓDIGO M797), TRASTORNO MENOPÁUSICO Y PERIMENOPÁUSICO, NO ESPECIFICADO (CÓDIGO 261201)*, protección constitucional que fue concedida parcialmente por fallo de 31 de mayo de 2022, dado que no se otorgó la atención integral en salud.

Posteriormente, promovió una segunda acción de tutela que correspondió al Juzgado Primero de Familia de Arauca bajo el radicado 2023-00159-00; sin embargo, desistió de la misma porque la Nueva EPS al dar contestación hizo entender que se estaría incurriendo en temeridad, toda vez que se basaba en los mismos hechos y contra la misma autoridad.

Finalmente, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la *vida en condiciones dignas, salud, seguridad social, mínimo vital*; y, en consecuencia, se ordene a la NUEVA E.P.S. suministrar los servicios complementarios de transporte intermunicipal y urbano, alimentación y hospedaje que se causen para asistir a la toma de exámenes *“ESTUDIO DE COLORACIÓN BÁSICA EN BIOPSIA, BIOPSIA ESCISIONAL DE GLÁNDULA SALIVAL MENOR (CON CONDUCTO SALIVAL)”* ordenados por el médico tratante junto con la atención integral de sus diagnósticos.

Aportó las siguientes pruebas²: **(i)** Fallo de tutela del 31 de mayo de 2022 proferido por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Arauca³; **(ii)** Historia Clínica de 28 de julio de 2023 de la IPS MYT que registra diagnóstico «R682 BOCA SECA, NO ESPECIFICADA; M255 DOLOR EN ARTICULACIÓN» y «CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN REUMATOLOGÍA. ESTUDIO DE COLORACIÓN BÁSICA EN BIOPSIA. BIOPSIA ESCISIONAL DE GLÁNDULA SALIVAL MENOR (CON CONDUCTO SALIVAL)»; **(iii)** Autorización de servicios No. (POS-8319)P011-215215727 expedida el 02 de septiembre de 2023 por la Nueva EPS para «BIOPSIA ABIERTA DE GLÁNDULA SALIVAL MENOR (CON CONDUCTO SALIVAL)» en el Hospital Universitario Clínica San Rafael; **(iv)** Autorización de servicios No. (POS-8319)P011-215216042 expedida el 02 de septiembre de 2023 por la Nueva EPS para «ESTUDIO DE COLORACIÓN BÁSICA EN BIOPSIA» en el Hospital Universitario Clínica San Rafael; y **(v)** órdenes médicas para «BIOPSIA ESCISIONAL DE GLÁNDULA SALIVAL MENOR (CON CONDUCTO SALIVAL)» y «ESTUDIO DE COLORACIÓN BÁSICA EN BIOPSIA».

2.2. Sinopsis procesal

El 06 de octubre de 2023 la acción constitucional fue asignada por reparto al Juzgado Primero de Familia de Arauca⁴, autoridad judicial que, mediante auto de la misma fecha⁵, la admitió contra la Nueva EPS y ofició al Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Arauca, actualmente Juzgado Primero Penal Municipal de Arauca.

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

2.2.1. NUEVA EPS⁶

² Cuaderno del Juzgado. 03Anexo1Demanda. 04Anexo2Demanda.

³ Cuaderno del Juzgado. 03Anexo1Demanda.

⁴ Cuaderno del Juzgado. 05ActaReparto.

⁵ Cuaderno del Juzgado. 07AutoAdmisorio.

⁶ Cuaderno del Juzgado. 11RespuestaNuevaEps.

Confirmó la afiliación de la accionante a dicha entidad en el régimen subsidiado, y explicó que la entidad garantiza la atención de sus afiliados teniendo en cuenta el modelo de atención y lo dispuesto en la normatividad vigente, a través de los médicos especialistas adscritos a la red para cada especialidad.

Respecto al servicio de transporte, expuso que por no tratarse de una actividad propia de la salud, el único con cobertura en el marco del SGSSS corresponde a: *«i) Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio pre hospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles; ii) Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes enfermos remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente, para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia; iii) El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente, y; iv) se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria, si el médico así lo prescribe».*

En cuanto al transporte intermunicipal, señaló que este consiste en el desplazamiento de pacientes cuya causa les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte, lo que no sucede con la accionante pues esta no cuenta con los criterios para requerir transporte especializado. Por otro lado, de conformidad con el artículo 107 de la Resolución 2808 de 2022 el PBS con cargo a la UPC cubre traslado acuático, aéreo y terrestre cuando: *«1. movilización de pacientes con patologías de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio pre hospitalario y apoyo terapéutico en ambulancia y 2. Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora (...).».*

Sobre el *servicio de transporte para el acompañante*, para su suministro se requiere acreditar los siguientes presupuestos jurisprudenciales: «(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, (ii) Ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado*»⁷. Asimismo, no se avizora que la accionante requiera de los servicios por sus condiciones clínicas, ni tampoco orden médica alguna.

Frente a los servicios de alimentación y alojamiento, adujo que dicha responsabilidad no recae en nadie distinto que cada ser humano, puesto que independientemente de la enfermedad que desafortunadamente aqueja al usuario, éste tiene el deber de autocuidado y suministrarse lo necesario para alimentación. Es por tal razón, que no se encuentra fundamento alguno en solicitar con cargo a los dineros del sistema se otorgue alimentación a quien de por sí debe buscar la manera de proveerse todo aquello necesario para satisfacer sus necesidades básicas.

Se opuso a la orden de tratamiento integral porque el Juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad acciones u omisiones de la entidad que constituyan violación de derechos fundamentales.

Frente a la *exoneración de copagos y cuotas moderadoras*, indicó que la Nueva EPS aplica única y exclusivamente lo dispuesto en las normas vigentes para tal fin y realiza el cobro dando cumplimiento a las mismas, ya que estos cobros se generan automáticamente de conformidad con los servicios requeridos por los usuarios.

Finalmente, pidió declarar la improcedencia de la acción, por no acreditarse la vulneración de derechos fundamentales; y en caso de otorgarse el amparo *ius fundamental*, se le faculte recobrar ante la

⁷ Corte Constitucional Sentencia T-122de 2021.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, los gastos en que deba incurrir para el cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de prestaciones.

2.2.2. Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Arauca, hoy Juzgado Primero Penal Municipal de Arauca⁸

Informó que el extinto Juzgado Primero Penal Municipal de Arauca en efecto conoció de una acción de tutela con radicado 81-001-40-89-003-2022-00197-00, formulada por la aquí accionante contra la Nueva EPS, para lo cual remitió copia del fallo proferido el 31 de mayo de 2022.

2.3. La decisión recurrida⁹

Mediante providencia del 23 de octubre de 2023, el Juzgado Primero de Familia de Arauca concedió la protección constitucional invocada por la accionante y, en consecuencia, resolvió:

«Segundo: ORDENAR a la NUEVA EPS, para que a más tardar dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, le garantice el tratamiento integral a la accionante, autorizando y reconociendo a ella y a su acompañante el **transporte de ida y regreso desde Arauca a Bogotá, transporte urbano e intermunicipal – alojamiento y alimentación para que asistan a la cita con el **especialista en “EN REUMATOLOGIA, ESTUDIO DE COLORACION BASICA EN BIOPSIA + BIOPSIA ESCISIONAL DE GLANDULA SALIVAL MENOR (CON CONDUCTO SALIVAL”**, en armonía con lo ordenado por el médico tratante conforme al diagnóstico que presenta, **“BOCA SECA, NO ESPECIFICADA (Código R682) y DOLOR EN ARTICULACIÓN (Código M255)**, quien ordena **“CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN REUMATOLOGIA, ESTUDIO DE COLORACION BASICA EN BIOPSIA + BIOPSIA ESCISIONAL DE GLANDULA SALIVAL MENOR (CON CONDUCTO SALIVAL”**, así mismo le garantice las demás prestaciones y servicios relacionados con la patología de base y las que se deriven de esta».**

Para adoptar la anterior decisión encontró cumplidos los presupuestos jurisprudenciales para ordenar por esta vía los servicios complementarios reclamados, dado que la consulta y exámenes médicos

⁸ Cuaderno del Juzgado. 12Resp.Juzgado1PenalMunicipal.

⁹ Cuaderno del Juzgado. 15Sentencia.

fueron autorizados en una IPS fuera de la ciudad de residencia de la paciente, quien afirmó no contar con los recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de traslado, y la negativa en su suministro se convierte en una barrera que impide el acceso a la prestación del servicio de salud, sumado a que consultada la página web del Sisbén, la accionante se encuentra categorizado en el grupo A4 de población en pobreza extrema, lo que sin duda alguna permite presumir la incapacidad económica.

Finalmente, estimó procedente la atención integral dado que *«el derecho a la salud, comprende entre una de las varias facetas que presenta, el suministro adecuado de los medicamentos, exámenes, insumos y demás elementos que ordene el médico tratante, con miras a la recuperación de la salud, lo que a más de resultar necesario se torna indispensable en pro de su recuperación, por lo que la negación de estos, incluido el transporte, alojamiento y alimentación, limita sus derechos a la salud, a la vida digna y a su integridad física (...)*».

2.4. La impugnación¹⁰

Inconforme con la decisión la Nueva EPS la impugnó, pidió revocar la orden de tratamiento integral porque *«hace referencia a servicios futuros e inciertos que no han sido siquiera prescritos por los galenos tratantes y se anticipa una supuesta prescripción, sumado al hecho que no es justificante para presumir incumplimiento frente a nuevas solicitudes que realice la afiliada, aún más cuando se solicita se tutelen servicios que no han sido prescritos por profesional de la salud, y por ende no han sido desconocidos o negados por ésta EPS»*.

Asimismo, solicitó se revoque el transporte intermunicipal para el acompañante toda vez que no existen órdenes médicas vigentes que permitan evidenciar la necesidad del servicio o el tiempo de duración.

Finalmente señaló que no se cumplen los presupuestos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional para que se

¹⁰ Cuaderno del Juzgado. 25EscritoImpugnacion.

concedan los servicios de hospedaje y alimentación para la usuaria y el acompañante, por lo que solicita de igual forma sea revocado.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

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

3.2. Cuestión previa por resolver

Constata la Sala que, en efecto, como lo señaló la accionante, verificadas las bases de datos de la Rama Judicial se estableció que, aparentemente entre las mismas partes y con similitud general de hechos y pretensiones cursó previamente la acción de tutela No. **81-001-40-89-003-2022-00197-00**, ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Arauca, hoy Juzgado Primero Penal Municipal de Arauca, quien profirió sentencia el 31 de mayo de 2022, que amparó el derecho fundamental a la salud de la ciudadana JANETH ELIZABETH ORTEGA CEBALLOS y, en consecuencia, resolvió:

“SEGUNDO: ORDENAR a la Gerente Zonal de la Nueva EPS sede Arauca y/o quien haga sus veces, para que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de la presente decisión, realice las gestiones y/o trámites administrativos para que MEDYTEC SALUD IPS S.A.S. u otra institución prestadora de servicios contratada para la dispensación de medicamentos de sus usuarios, realice la entrega de los medicamentos PREGABALINA capsulas de 75MG y HIDROXICLOROQUINA de 200 MG en las cantidades, frecuencia y duración ordenados por su medico tratante el 25 de marzo de 2022.

TERCERO CONMINAR a la Gerente Zonal de la Nueva EPS sede Arauca y/o quien haga sus veces, y al gerente Y/o representante legal de MEDYTEC SALUD IPS S.A.S abstenerse de incurrir en los hechos que dieron lugar a la presente acción constitucional.

CUARTO: NEGAR las demás solicitudes realizadas por el accionante y la entidad accionada en la presente acción de tutela, de conformidad a los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente decisión».

Decisión que no fue impugnada.

Así las cosas, la situación fáctica exige a la Sala determinar, de manera previa al asunto de fondo, ¿si se ha configurado el fenómeno jurídico de la temeridad o de la cosa juzgada constitucional, respecto del asunto sobre el que versa esta acción de tutela?, debido a que existió una solicitud de amparo aparentemente similar.

Una vez resuelto el problema jurídico anteriormente planteado, y en caso de ser procedente, se analizará de fondo el caso concreto.

3.2.1. Temeridad en la acción de tutela.

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 establece que la actuación temeraria se configura cuando se presenta la misma acción de tutela por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, sin motivo expresamente justificado. Lo anterior trae como consecuencia su rechazo o la decisión desfavorable de todas las solicitudes.

Cuando una persona promueve la misma acción de tutela ante diferentes operadores judiciales, bien sea simultánea o sucesivamente, se puede configurar la temeridad, conducta que involucra un elemento volitivo negativo por parte de la accionante. La jurisprudencia ha establecido ciertas reglas con el fin de identificar una posible situación constitutiva de temeridad. Sobre el particular, esta Corporación señaló:

«La Sentencia T-045 de 2014 advirtió que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones y (iv) la ausencia de justificación razonable en la presentación de la nueva demanda vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del demandante. En la Sentencia T-727 de 2011 se definió los siguientes elementos “(...) (i) una identidad en el objeto, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental” ; (ii) una identidad de causa petendi, que hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa; y, (iii) una identidad de partes, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado.» (Sentencia T-1103 de 2005, sentencia T-1022 de 2006, sentencia T-1233 de 2008, reiteradas en sentencia T-272 de 2019).

De igual manera el máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional adicionó un elemento en la medida de afirmar que la improcedencia de la acción de tutela por temeridad debe estar fundada en el dolo y mala fe de la parte accionante, por lo que la sola existencia de varias acciones de tutela no genera por sí misma que la presentación de la segunda acción pueda ser considerada como temeraria, habida consideración de que dicho supuesto puede obedecer a la ignorancia de la actor o el asesoramiento errado de los profesionales del derecho. En ese sentido señaló:

«En conclusión, la institución de la temeridad pretende evitar la presentación sucesiva o múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que existen elementos materiales particulares para determinar si una actuación es temeraria o no. En ese sentido, la sola existencia de dos amparos de tutela aparentemente similares no hace que la tutela sea improcedente. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia.» (Sentencia T-548 de 2017)

3.2.2. Cosa juzgada constitucional

La cosa juzgada ha sido definida en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, y por la jurisprudencia como una institución que garantiza la seguridad jurídica y el respeto al derecho fundamental al debido proceso. El artículo 303 del C.G.P. establece que *«(...) la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...)*».

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado los casos en que se configura la presente figura, tal y como fue señalado en sentencia T- 272 de 2019, en la que se precisó:

«En este sentido, una providencia pasa a ser cosa juzgada constitucional frente a otra cuando existe identidad de objeto, de causa petendi y de partes. «Específicamente, las decisiones proferidas dentro de un proceso de amparo

constituyen cosa juzgada cuando la Corte Constitucional adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria”.

Las consecuencias de la exclusión de revisión de un expediente de tutela son: (i) la ejecutoria formal y material de la sentencia de segunda instancia; (ii) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional de las sentencias de instancia (ya sea la única o segunda instancia) que hace la decisión inmutable e inmodificable, salvo en la eventualidad de que la sentencia sea anulada por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley; y (iii) la improcedencia de tutela contra tutela. Por el contrario, cuando la tutela es seleccionada por la Corte, la cosa juzgada constitucional se produce con la ejecutoria del fallo que se profiere en sede de revisión.»

En los anteriores términos, la decisión de la Corte Constitucional de no seleccionar una tutela para su revisión genera que la decisión adoptada por los jueces de instancia quede ejecutoriada formal y materialmente, operando así el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional. De igual manera, que se predica la existencia de la misma cuando se adelanta un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de un fallo de tutela y, entre el nuevo proceso y el anterior, se presenta identidad jurídica de partes, objeto y causa.

3.2.3. Análisis de la cuestión previa.

En este caso se advierte que el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Arauca, hoy Juzgado Primero Penal Municipal de Arauca, conoció en primera instancia de la acción de tutela con radicado No. **81-001-40-89-003-2022-00197-00**, que instauró Janeth Elizabeth Ortega Ceballos, a través de apoderado judicial, contra la Nueva EPS, en la cual solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social y dignidad humana y, en consecuencia, se ordenara *«(...) los trámites necesarios para garantizar la atención médica integral que requiere la señora JANETH ELIZABETH ORTEGA CEBALLOS entendiéndose por integral, los procedimientos, remisiones autorizaciones y demás ordenes necesarias para la satisfacción material de los derechos, tales como se precisan en este caso : a. remisiones, autorizaciones y programación de exámenes, citas médicas con especialistas procedimientos quirúrgicos en lo referente a los diagnósticos de : (N811) CISTOCELE (M350) SINDROME SECO*

(SJORGEN); (M797) FIBROMIALGIA; (N959) TRASTORNO MENOPAUSICO Y PERIMENOPAUSICO, NO ESPECIFICADO; (M255) DOLOR EN ARTICULACIÓN; (L700) ACNE VULGAR; (N602) FIBROADENOSIS DE LA MAMA; descritos en la historia clínica. b. MEDICAMENTOS, HERRAMIENTAS, INSUMOS Y UTENSILIOS que se ordene por los médicos tratantes, en lo referente a los diagnósticos: (N811) CISTOCELE (M350) SÍNDROME SECO (SJORGEN); (M797) FIBROMIALGIA; (N959) TRASTORNO MENOPAUSICO Y PERIMENOPAUSICO, NO ESPECIFICADO; (M255) DOLOR EN ARTICULACIÓN; (L700) ACNÉ VULGAR; (N602) FIBROADENOSIS DE LA MAMA; c. transporte intermunicipal ida y vuelta, transporte urbano, alojamiento y alimentación para la señora JANETH ELIZABETH ORTEGA CEBALLOS y su acompañante en los referente a los diagnósticos (...).

Como consecuencia de la anterior solicitud de amparo constitucional, el 31 de mayo de 2022 el juez amparó el derecho a la salud, ordenó hacer entrega de los medicamentos reclamados por la accionante y negó las demás peticiones presentadas entre ellas el tratamiento integral y los servicios complementarios, decisión que no fue impugnada y además excluida de revisión eventual por la Corte Constitucional el 12 de octubre de 2022.

Concerniente a la acción de tutela hoy censurada, se verificó que los fundamentos facticos aludidos en pretérita ocasión, no coinciden con los esbozados en el escrito introductorio de la presente acción, pues el diagnóstico que hoy aqueja a la actora es: «R682 BOCA SECA, NO ESPECIFICADA; M255 DOLOR EN ARTICULACIÓN» y por el cual busca se acceda al suministro de servicios complementarios para asistir a procedimientos y exámenes autorizados por la accionada en una IPS fuera de su lugar de residencia.

Así las cosas, esta Corporación colige que la disposición jurídica de cosa juzgada constitucional es inviable pues el principal objeto y causa de estudio de la anterior acción de tutela es ajeno de cara a la controversia hoy presentada.

Consecuentemente, se proseguirá con el trámite de esta acción.

3.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si es procedente ratificar la orden del *a quo* que amparó los derechos fundamentales a *la salud, vida, dignidad humana e integridad personal* de Janeth Elizabeth Ortega Ceballos, o si, por el contrario, como lo sostiene Nueva EPS se debe revocar la protección.

3.4. Examen de procedibilidad de la acción de tutela.

Sin necesidad de ahondar en mayores consideraciones, ha de señalarse que esta corporación encuentra cumplidos los presupuestos generales para la procedencia de la acción de tutela. Pues, se encuentran acreditados la legitimación en la causa por *activa*¹¹ y *pasiva*¹², *relevancia constitucional*¹³ e *inmediatez*¹⁴.

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 accionante, dado que por el diagnóstico que presenta requiere procedimiento medico el cual es prestado en lugar diferente al de su residencia.

3.5. Supuestos jurídicos

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

¹¹ La señora Janeth Elizabeth Ortega Ceballos, quien ve vulnerados sus derechos fundamentales a la Salud, Vida, dignidad humana e integridad

¹² De la NUEVA EPS, entidad que en los términos del artículo 1º del Decreto. 2591/1991 puede ser sujeto pasivo de esta acción constitucional, pues es la encargada de prestar el servicio de salud a la accionante en atención a su afiliación.

¹³ Al alegarse la necesidad de unos servicios complementarios para ella y su acompañante para acceder a la atención en salud especializada prestada por una IPS fuera del lugar de residencia.

¹⁴ Desde el 28 de julio de 2023, le fue autorizado examen y procedimiento con especialista en la IPS Hospital Universitario Clínica San Rafael de la ciudad de Bogotá y la acción de tutela se promovió el 6 de octubre 2023.

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 la paciente, con el fin preservar su vida en condiciones dignas.

Por ello, desde antaño la Corte Constitucional definió el derecho a la salud como «*la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser*».¹⁵

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

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-597 del quince (15) de diciembre de 1993, criterio reiterado en los pronunciamientos T-454 del trece (13) de mayo de 2008, T-331 del veintitrés (23) de junio, entre otras.

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, preceptiva normativa que 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 de la paciente.

3.5.2. De los servicios complementarios de traslado, estadía 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 la paciente, no existe en la ciudad de residencia un centro de atención que garantice la efectividad del procedimiento a realizar y los cuidados necesarios para su recuperación 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. La procedencia del 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 de la 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 de la usuaria; y **(iii)** se verifique que la usuaria y su familia carecen de recursos económicos para asumir el transporte¹⁶.

En cuanto a la *alimentación y alojamiento*, la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional también ha reconocido 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 de la 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.

De otra parte, frente al *transporte, alimentación y alojamiento para un acompañante*, toda vez que en algunas ocasiones los pacientes necesitan el apoyo de alguna persona para recibir el tratamiento médico, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben asumir los gastos de traslado de un acompañante cuando se constate: *(i)* que el usuario es «*totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento*»; *(ii)* requiere

¹⁶ Sentencias T-331 de 2016, T-707 de 2016, T-495 de 2017, T-032 de 2018 y T-069 de 2018.

de atención «*permanente*» para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, y; *(iii)* ni él ni su núcleo familiar tienen la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado.

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 de la accionante. «*Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos*»¹⁷. En otras palabras, 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 de la paciente¹⁸.

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 de la paciente¹⁹. 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*».

Ahora bien, se requiere que sea el médico tratante quien precise el diagnóstico y emita las órdenes de servicios que efectivamente sean necesarias para la recuperación de la paciente, así como el que determine el momento hasta el que se precisan dichos servicios. Lo dicho teniendo en

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-124 de 2016.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014.

¹⁹ Corte Constitucional sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011, posición reiteradas en la Sentencia T-092 de 2018.

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 Superior²⁰.

3.6. Caso concreto

Como quedó expresado en acápites anteriores, la señora Janeth Elizabeth Ortega Ceballos de 48 años de edad, tiene un diagnóstico de «BOCA SECA, NO ESPECIFICADA (Código R682) y DOLOR EN ARTICULACIÓN (Código M255)», por lo que el médico tratante prescribió «ESTUDIO DE COLORACIÓN BÁSICA EN BIOPSIA + (Código 898101) y BIOPSIA ESCISIONAL DE GLÁNDULA SALIVAL MENOR (CON CONDUCTO SALIVAL) (Código 261201)», procedimiento que fue autorizado por la Nueva EPS en el Hospital Universitario Clínica San Rafael de Bogotá, con cita agendada para el 25 de octubre de 2023 a las 7:00 a.m.; sin embargo, cuestionó la accionante que a la fecha de interposición de la tutela la entidad accionada no autorizó gastos de transporte, alojamiento y alimentación para ella y un acompañante, a la ciudad de Bogotá.

El 23 de octubre de 2023, el juez de primera instancia concedió el amparo y ordenó garantizar los servicios complementarios y la atención integral, decisión frente a la cual expresó inconformidad la Nueva E.P.S., al insistir que esos servicios se encuentran excluidos del PBS, sumado a que no ha sido negligente en la prestación del servicio de salud de la paciente.

El despacho en comunicación telefónica²¹ con la señora Janeth Elizabeth Ortega Ceballos pudo establecer en esta instancia que: (i) pese al fallo de tutela de primera instancia, la Nueva EPS no garantizó el transporte urbano, alojamiento y alimentación para que asistiera a la cita que tenía programada para el 25 de octubre de 2023; (ii) por lo que debió reprogramar la cita para el 15 de noviembre de 2023, con el objeto de que le realizaran «ESTUDIO DE COLORACIÓN BÁSICA EN BIOPSIA + (Código 898101) y BIOPSIA

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2019.

²¹ El 24 de enero de 2024, al abonado 3166010784.

ESCISIONAL DE GLÁNDULA SALIVAL MENOR (CON CONDUCTO SALIVAL) (Código 261201)»; y (iii) que una vez realizado el procedimiento le ordenaron una nueva cita con el reumatólogo para una segunda biopsia en glándula mayor, pero a la fecha no ha sido autorizado por la Nueva EPS junto con el traslado, alojamiento y alimentación.

Así las cosas, si bien es cierto después del fallo de primera instancia la señora Ortega Ceballos recibió la atención en salud requerida, tal como lo prescribió su médico tratante, también lo es que la Nueva EPS siempre se negó a garantizar el servicio de transporte, al imponer barreras administrativas para procurarlo; no obstante, que existía la prescripción médica y autorización para su realización en una IPS fuera de la ciudad de residencia, lo que refleja una actitud negligente en la prestación oportuna y eficaz de los servicios de salud que pone en riesgo la vida e integridad de la tutelante, pues es claro que ella no cuenta con los recursos económicos para asumir de manera particular tales gastos, si en cuenta se tiene que pertenece al grupo B6 del Sisbén²² que identifica a la población en pobreza moderada.

Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que la obligación de la EPS de asumir el servicio de transporte intermunicipal se activa en el momento mismo en que autoriza un servicio de salud por fuera del municipio de residencia del usuario, pues el transporte se convierte en una condición necesaria para la prestación efectiva del servicio de salud. En efecto, en la SU-508 de 2020, estableció que:

*«La prescripción de los servicios de salud se efectúa por el médico a cargo; sin embargo, hasta ese momento se desconoce el lugar donde se prestarán los mismos, **ello se determina en un momento posterior cuando el usuario acude a solicitar la autorización del servicio y es allí donde la EPS, de conformidad con la red contratada, asigna una IPS que puede o no ubicarse en el lugar de domicilio del afiliado. Es en esta oportunidad donde se logra conocer con certeza la identidad y lugar de ubicación del prestador y, por tanto, donde surge la obligación de autorizar el transporte.***

Exigir la prescripción médica del transporte implica someter al afiliado a que deba regresar a al médico tratante a que este le formule el transporte para acceder a la prestación ya autorizada por la EPS. Por ello, ni fáctica ni normativamente es viable que se condicione el suministro de los gastos de

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

transporte a que cuente con orden médica, sino que debe ser obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización en domicilio diferente al del paciente».

De tal suerte que, aunque el transporte no es una prestación médica en sí misma, es necesario para garantizar la faceta de accesibilidad del derecho fundamental a la salud, a la que se hizo referencia anteriormente, por lo que su falta de suministro se puede convertir en una barrera de acceso, dado que *«El derecho a la salud en los casos conocidos por la Corte, así como el de cualquier persona, cubre la garantía de integralidad, de manera que los servicios y tecnologías requeridos deben ser proveídos de manera completa y en condiciones de oportunidad, eficiencia y calidad, para prevenir, paliar o curar la enfermedad»*²³.

De ahí que negar a la promotora la atención integral, sería tanto como privarla del derecho a acceder a la atención en salud en condiciones dignas, por lo que se confirmará el cubrimiento de estos servicios, siempre y cuando el médico tratante ordene su remisión fuera de su lugar de residencia, y; cuando sea imprescindible que permanezcan más de un día en el lugar donde los procedimientos médicos serán realizados, la entidad prestadora de salud debe cubrir los emolumentos que demande su alojamiento y alimentación, de conformidad con las reglas jurisprudenciales explicadas.

Ahora bien, no sucede lo mismo respecto de los servicios complementarios de transporte, alimentación y alojamiento para el **acompañante** de la aquí accionante, dado que no existe orden médica que así lo disponga ni de la historia clínica se puede extraer que la accionante dependa funcionalmente de una tercera persona, por lo que no se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para su procedencia, razón por la cual se revocará la orden de suministrar «gastos de transporte intermunicipal de ida y retorno para el acompañante».

Por lo anterior, esta Sala encuentra que la promotora reúne todos los requisitos definidos por la jurisprudencia en comento, para que se le

²³ Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

garanticen todos los servicios de *salud* a efectos que pueda sobrellevar su enfermedad en condiciones *dignas*, como lo dispuso el juez de primer grado.

Sin necesidad de más consideraciones, este Tribunal modificará el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2023 por el Juzgado Primero de Familia de Arauca, excluyendo la orden de *«gastos de transporte intermunicipal de ida y regreso, urbano, alojamiento y alimentación para el **acompañante**»*, conforme a lo expuesto. En lo demás confirmará la decisión.

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 tutela.

Finalmente, se recuerda que el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 establece que *«presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente»* (Subraya fuera de texto).

Lo anterior, para prevenir al Juzgado Primero de Familia de Arauca que la resolución oportuna de los trámites constitucionales es de evidente importancia, dado que su finalidad es la de lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales que se adviertan vulnerados, ello en atención a que la impugnación fue presentada oportunamente el 31 octubre de 2023, pero solo hasta el 20 de noviembre siguiente fue concedida en esa instancia

y remitida a esta Corporación el 5 de diciembre de 2023, rebasando el plazo previsto en el citado artículo 32.

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: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2023 por el Juez Primero de Familia de Arauca, conforme a las consideraciones expuestas, que quedará así:

*«Segundo: **ORDENAR a la NUEVA EPS**, para que a más tardar dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, le **garantice el tratamiento integral** a la accionante, autorizando y reconociendo a ella el **transporte de ida y regreso desde Arauca a Bogotá, transporte urbano e intermunicipal – alojamiento y alimentación** para que asistan a la cita con el **especialista en “EN REUMATOLOGÍA, ESTUDIO DE COLORACION BASICA EN BIOPSIA + BIOPSIA ESCISIONAL DE GLANDULA SALIVAL MENOR (CON CONDUCTO SALIVAL”**, en armonía con lo ordenado por el médico tratante conforme al diagnóstico que presenta, **“BOCA SECA, NO ESPECIFICADA (Código R682) y DOLOR EN ARTICULACIÓN (Código M255)**, quien ordena **“CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN REUMATOLOGÍA, ESTUDIO DE COLORACION BASICA EN BIOPSIA + BIOPSIA ESCISIONAL DE GLANDULA SALIVAL MENOR (CON CONDUCTO SALIVAL”**, así mismo le garantice las demás prestaciones y servicios relacionados con la patología de base y las que se deriven de esta».*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo impugnado, conforme *up supra*.

TERCERO: PREVENIR al Juzgado Primero de Familia de Arauca para que surta en los plazos legales el trámite de las impugnaciones, dado que su finalidad es la de lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales que se adviertan vulnerados.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes y al juzgado de conocimiento de la manera más expedita y **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión; de ser excluida, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada

Firmado Por:

Elva Nelly Camacho Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 02 Única
Tribunal Superior De Arauca - Arauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 70818e34f6d2ebded67e858b275eb30699569deffc56bc50fa047680eae0d75b

Documento generado en 29/01/2024 11:28:38 AM

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