

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO FLORENCIA - CAQUETÁ

Proceso : Acción de tutela
Radicación : 18-001-31-18-001-2022-00147-00
Accionante : EDNA JASBLEIDY LOSADA VALDERRAMA agente
oficioso del menor de edad JHORMAN ARLES
LOSADA VALDERRAMA
Accionado : NUEVA EPS Y OTROS
Sentencia : **153**

Florencia, Caquetá, ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela promovida por la señora **EDNA JASBLEIDY LOSADA VALDERRAMA**, actuando como agente oficioso del menor de edad **JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA**, en contra de **NUEVA EPS y se vinculó de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-ADRES**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida, a la seguridad social y dignidad humana del agenciado.

2.- ANTECEDENTES

Funda la agente oficiosa su solicitud de amparo en favor del niño JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA en los siguientes hechos:

Señala la señora EDNA JASBLEIDY LOSADA VALDERRAMA que, el menor de edad JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, fue diagnosticado K409 HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA, indica que, este padecimiento frecuentemente le ocasiona dolores a mi hermano, además, no puede distraerse o jugar como un niño en condiciones normales, pues su hernia le impide hacer esfuerzos, por tanto, esta situación no está permitiendo su desarrollo en condiciones óptimas.

Refiere el agente que, el médico tratante le ordenó el pasado 01 de julio de 2022 una serie de prescripciones entre las cuales se encuentran: *INTERCONSULTA POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA – HERNIORRAFIA INGUINAL UNILATERAL VIA ABIERTA – RESECCIÓN DE LESION TESTICULAR SOD*, así pues, la interconsulta fue concedida mediante autorización de servicios No. (POS – 6592) P008 – 181373404 por su parte los otros dos servicios cuentan con autorización No. (POS – 6592) P008 – 181373615, sin embargo, para efectos dar su prestación estos servicios fueron remitidos a la ciudad de NEIVA en la ESE HOSPITAL UNIVERISTARIO HERNANDO MONCALEANO

PERDOMO, además, se programó cita para estas prestaciones el día 22 de agosto de 2022

2.1.- Petición

Con fundamento en los hechos anteriormente relacionados, la señora EDNA JASBLEIDY LOSADA VALDERRAMA, solicita se tutelen los derechos fundamentales del menor de edad JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas, **(i)** se sirva otorgarle el tratamiento integral de la patología de mi hermano K409 HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA, de tal manera que no tenga que soportar barreras administrativas innecesarias, para acceder a los servicios de salud que le sean prescritos por el médico tratante, tales como: insumos, medicamentos, procedimientos, interconsultas, autorizaciones, citas y cualquier otro servicio que le sea ordenado por el médico tratante y que se derive de los diagnósticos aquí definido y; se **(ii)** que ordene a NUEVA EPS-S – FLORENCIA, se sirva realizar todos los trámites administrativos necesarios, para que le suministre a mi hermano y a un acompañante los viáticos para cubrir los gastos de transporte, alojamiento, alimentación y transporte urbano, durante el tiempo que sea necesario, con la finalidad de asistir a las citas, procedimientos o cualquier otro servicio médico que sea prescrito por el galeno tratante, cuando estos sean remitidos para su prestación fuera de su domicilio. Teniendo en cuenta en todo caso, la patología definida por el médico que en este caso es: K409 HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA.

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de julio de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia¹, la cual se admitió mediante auto de la misma fecha², a través del que se dispuso oficiar a las entidades accionadas, para que, dentro del término legal de un (1) día contado a partir del recibo de la notificación respectiva, se pronunciaran sobre los hechos planteados y las circunstancias de que daba cuenta la solicitud de amparo, al tiempo que, se dispuso la vinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-ADRES.

4.- RESPUESTA A LOS REQUERIMIENTOS REALIZADOS POR ESTE DESPACHO

4.1 **AURA VANESA GIRALDO OSORIO**, en calidad de apoderado especial de **NUEVA EPS S.A**, mediante escrito allegado el 02 de agosto de 2022³, manifestó que, no procede la orden del tratamiento integral toda vez que no existe una claridad sobre el tratamiento a seguir a partir de lo dispuesto por el médico tratante, como lo decreta la sentencia *T – 136/2021*, *"el tratamiento integral no puede tener como base afirmaciones abstractas o inciertas."* Sentencia que también cita la providencia *T – 081/2019* la cual predica; **"la claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes."**

¹ Ver archivo "02ActaReparto.pdf" del expediente digital.

² Ver archivo "05AutoAdmisiónTutela202200147.pdf" del expediente digital.

³ Ver archivos "09CorreoRespuestaNuevaEps.pdf" y "10RespuestaNuevaEps.pdf" del expediente digital.

Señaló que, como consecuencia de lo anterior, hablar de servicios médicos futuros suministro de todo tratamiento que requiera, sería tanto como hablar de tutelar derechos por amenazas futuras e inciertas, por hechos que no han ocurrido y que, por lo mismo, no se pueden hacer consideraciones sobre ellos, pues en tal caso, se estaría violando el debido proceso en la medida en que para el momento en que se genere la orden la EPS ya no tendría la posibilidad de esgrimir nuevos argumentos de defensa o nuevas pruebas que surjan

Refirió que, el menor de edad JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA requiere gastos de transporte para desplazarse desde el municipio de Florencia hasta la ciudad de Neiva, en la resolución 2292 del 23 de diciembre del 2021, donde se actualizó el servicio y tecnologías en salud financiadas con los recursos de la unidad de pago por capitación UPC, por lo tanto, el transporte esta por fuera de la cobertura no son procedentes.

Agregó que, el transporte requerido por la accionante no es procedente en la medida que debido a que su lugar de residencia Florencia, Caquetá no se encuentra en el listado de municipios corregimientos departamentales a los que se les reconoce prima adicional - diferencial, por zona especial de dispersión geográfica y a los cuales la EPS no está en la obligación de costear el trasporte del paciente, de acuerdo con la Resolución 2381 de 2021; En este orden de ideas, solicito la parte accionada negar la prestación de transporte para el afiliado y un acompañante por considerarse improcedente al ser traslado ambulatorio, donde revisada la Resolución 2381 de 2021 el municipio de Florencia, Caquetá no se encuentra dentro de los municipio o área no municipalizadas por departamentos, a los que se les reconocerá prima adicional por zona especial de dispersión geográfica.

Argumentó que, de acuerdo a las funciones y responsabilidades las cuales se desprende de la organización de la entidad conforme al objeto de cada una de las funciones que de allí se derivan, para el caso en particular de los servicios de salud en el DEPARTAMENTO DE CAQUETÁ el encargado de cumplir es el Gerente Zonal Huila y en calidad de superior jerárquico es el Gerente Regional Centro Oriente. En este sentido, considerando el decreto 2591 de 1991 en su artículo 13 es claro en establecer que la acción constitucional se dirige en contra de "la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental"

Finalmente, atendiendo los argumentos fácticos y jurídicos expuestos, solicitó que se desvincule del trámite de la presente acción de tutela, en virtud a que su representada no ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA y tampoco ha tenido incidencia en la violación de los derechos fundamentales alegados en el escrito de tutela.

4.2 JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, jefe de la oficina jurídica de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, a través de escrito allegado el 1 de agosto de 2022⁴, manifestó que, de acuerdo con la normatividad, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa

⁴ Ver archivo "06CorreoRespuestaAdres.pdf" y "07RespuestaAdres.pdf" del expediente digital.

Administradora, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Señaló que, las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

Mencionó que, en relación con cualquier pretensión atinente al “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, no puede olvidarse que la misma constituye una solicitud antijurídica, puesto que a partir de la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no estén financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos.

Refirió que, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente eran objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios, de la misma forma cómo funciona la Unidad de Pago por Capitación (UPC), lo que significa que ADRES ya transfirió a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos y asegurar la disponibilidad de éstos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

De acuerdo a lo anterior, solicitó negar el amparo invocado por el accionante, en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia se proceda a desvincular a esa Entidad del trámite de la presente acción constitucional; de igual manera, solicitó negar cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios, demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los presupuestos máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación.

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Corresponde a este Despacho analizar y conocer de la acción de tutela de la referencia, en razón a que una de las entidades accionadas NUEVA EPS, ADMINISTRADORA DE

LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-ADRES es del orden nacional, lo anterior con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y, el artículo 1º, numeral 2 del Decreto 333 del seis (6) de abril de 2021, por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

5.2 De la acción de tutela

Sea lo primero señalar que la acción de tutela es un mecanismo cuya finalidad consiste en garantizar el disfrute de los derechos fundamentales en el evento en que estos hayan sido violados o amenacen ser violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares. Además, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario al que se acude, en últimas, para remediar o evitar un perjuicio, no así una instancia respecto de los derechos reclamados.

Por otra parte, se debe manifestar que esta acción fue establecida para salvaguardar derechos de carácter fundamental correspondiéndole al Juez de tutela velar por la protección inmediata y eficaz de los derechos respectivos que puedan resultar vulnerados o amenazados en determinado momento, siendo conveniente recordar que proteger una situación mediante la acción de tutela genera, para el fallador, la responsabilidad de tener absolutamente claro que de por medio hay una violación lo suficientemente grave como para que se afecte el concepto de persona como entidad moral y de respeto, cuando advierte violación, quebrantamiento o amenaza a los derechos fundamentales del accionante.

5.3. Legitimación.

Así mismo, se observa que la acción de tutela es promovida por la señora EDNA JASBLEIDY LOSADA VALDERRAMA, actuando como agente oficioso del menor de edad JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, respecto de quien dijo a este Despacho, es su el hermano menor.

En relación con la figura de la agencia oficiosa en la acción de tutela, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

Como requisitos normativos para la procedencia de la agencia oficiosa, la Corte ha establecido que: (i) el agente oficioso manifieste que actúa como tal; (ii) del escrito de tutela se infiera que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer dicha acción, ya sea por circunstancia físicas o mentales; (iii) el titular del derecho debe ratificar lo actuado dentro del proceso y (iv) la informalidad de la agencia, es decir, no requiere que exista relación formal entre el agente y el agenciado. “Esta figura se encuentra limitada por la prueba del estado de vulnerabilidad del agenciado. Esto garantiza la autonomía de la voluntad de la persona que tiene la capacidad legal para ejercicio sus derechos fundamentales por sí misma”⁵

El ejercicio valorativo que implica definir si el agenciado se encuentra en incapacidad de interponer por sí mismo la acción, desborda el marco estricto de lo que legalmente constituye la capacidad¹⁷ y ha de tener en cuenta también factores diferentes como, por ejemplo, el estado de salud del interesado. Se sigue ello de la expresión misma contenida en el inciso 2º del artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, que indica: “...cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa....”; generando de ésta manera una amplia órbita de hipótesis que se adecúan a lo preceptuado por la norma. Así pues, aunque quien crea lesionados sus derechos fundamentales sea mayor de edad y tenga pleno uso de sus facultades mentales, si se encuentra en un estado de

⁵ Sentencias T-700 de 2014 y T-503 de 1998, entre otras.

postración tal que le impide movilizarse o por motivos de fuerza mayor (peligro de muerte, por ejemplo) no puede abandonar el lugar de su domicilio, se entenderá incapacitado para interponer por sí mismo la acción de amparo constitucional y un agente oficioso podrá hacerlo en su nombre⁶

Ahora bien, frente a la agencia oficiosa para la protección de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, la jurisprudencia constitucional ha mencionado:

La Corte ha precisado que para agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de manifestar que el afectado en su derecho fundamental no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, por cuanto ello es obvio tratándose de los niños. Por consiguiente, en torno a la protección de sus derechos fundamentales, el artículo 44 de la Carta consagra objetivamente la necesidad de defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve⁷

En esas circunstancias, no existe ninguna duda sobre la legitimación por activa de la señora EDNA JASBLEIDY LOSADA VALDERRAMA, para actuar como agente oficioso del menor de edad JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, primero, porque desde la presentación del escrito tutelar adujo que actuaba en tal calidad, y segundo, por cuanto, como se dijo en líneas precedentes, es evidente que tratándose de menores de edad, no es necesario que se acredite el estado de vulnerabilidad del agenciado, menos aun cuando de un menor de 13 años se trata, pues por obvias razones se tiene que no se encuentra en condiciones de promover directamente el amparo de sus derechos.

Frente a la *legitimación por pasiva*, se encuentra que la acción se interpone en contra de NUEVA EPS, vinculándose a ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-ADRES, por lo que, al tratarse de entidades públicas, así como de particulares encargados de la prestación del servicio público de salud y respecto de quienes el agenciado se encuentra en situación de indefensión, se advierte cumplido este requisito, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991.

5.4 Problema Jurídico.

Así las cosas, corresponde a este Despacho determinar si en el caso planteado por el accionante, se configura una violación a los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana del menor de edad JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, como consecuencia de la presunta omisión por parte de las Entidades accionadas y/o vinculadas, determinar es procedente que la EPS a la que se encuentra afiliado el agenciado, cubra los gastos de transporte, alimentación y alojamiento para el menor de edad y un acompañante.

5.5 Solución al Problema Jurídico.

5.5.1 Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Tutela. Subsidiaridad e Inmediatez.

Frente al requisito de *inmediatez*, se advierte acreditado el cumplimiento del mismo, habida cuenta que, según lo manifestado por el accionante en el escrito tutelar, el 29 de abril del presente año, el menor de edad JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, EL 1º de julio de 2022 fue valorado por el médico tratante y le ordenó INTERCONSULTA POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA – HERNIORRAFIA INGUINAL UNILATERAL

⁶ Sentencias T-681 de 2004 y T-017 de 2014.

⁷ Sentencia T-541 de 2014

VIA ABIERTA – RESECCIÓN DE LESION TESTICULAR SOD, procedimientos que los servicio de transporte, hospedaje y alimentación ante la Nueva EPS pero estos le fueron negados, por lo cual, a la fecha en que se promovió la presente acción de tutela no había recibido la prestación del servicio médico solicitado, y al parecer la presunta vulneración de los derecho de su hermano persiste.

En relación con el requisito de **subsidiariedad**, se tiene que el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En aplicación de esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para remediar un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente las acciones judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Según la jurisprudencia, una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.

En consecuencia, se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que la tutela es una acción idónea para proteger el derecho a la salud del menor de edad agenciado, como quiera que, según lo manifestado por el agente oficioso, previamente se ha requerido ante la EPS accionada, el traslado del niño a una Institución que cuente con el personal y los insumos necesarios para prestarle los servicios de salud que requiere, sin que al parecer se hubiese materializado la misma a la fecha en que se promovió la acción de amparo.

5.5.2 El derecho fundamental a la salud.

Conforme a los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la atención en salud, así como la seguridad social son servicios públicos de carácter obligatorio y esencial a cargo del Estado, que deben prestarse bajo su dirección, coordinación y control, y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Precisamente, una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social.

En relación con la prestación de manera continua, eficiente y oportuna de los servicios de salud, la Corte Constitucional ha establecido⁸:

Dentro de los principios que orientan la garantía del derecho fundamental a la salud, contenidos en la Ley 1751 de 2015, cabe destacar el principio de continuidad. Este señala que las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, es decir, una vez iniciada la

⁸ Sentencia T-017 de 2021, M.P CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

prestación de un servicio determinado, no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.

4.6. Conforme al numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, el principio en comento implica que “(...) toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separada del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”. Por lo tanto, y según ha sido expuesto por la Corte, el mencionado mandato hace parte de las responsabilidades a cargo del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud.

4.7. Adicionalmente, esta Corporación fijó, en su momento, los criterios que deben observar las Entidades Promotoras de Salud para garantizar la continuidad en la prestación del servicio que proporcionan a sus usuarios, específicamente sobre tratamientos médicos ya iniciados. Al respecto indicó que:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”

El goce efectivo del derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad.

El artículo 13 de la Constitución Política indica que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...). Dispone también que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...), al tiempo que protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”

El precepto constitucional citado, impone al Estado el deber de proteger de manera reforzada a las personas que, por su situación, son sujetos de especial protección. Igualmente los artículos 47 y 54 de la Constitución comportan el fundamento constitucional de protección especial que se da a las personas en condición de discapacidad. Es así, como entre los grupos que el Constituyente quiso incluir como objeto de protección reforzada, se encuentra el de las personas en situación de discapacidad. Sobre el particular, la Corte en sentencia T-120 de 2017, señaló que a las EPS corresponde:

“a) Garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios; b) Deberán establecer programas de capacitación a sus profesionales y empleados para favorecer los procesos de inclusión de las personas con discapacidad; c) Garantizar los servicios de salud en los lugares más cercanos posibles a la residencia de la persona con discapacidad, incluso en las zonas rurales, o en su defecto, facilitar el desplazamiento de las personas con discapacidad y de su acompañante; d) Establecer programas de atención domiciliaria para la atención integral en salud de las personas con discapacidad; e) Eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad (...)” (se resalta).

Asimismo, en la sentencia T-231 de 2019 La Corte reiteró que “el Estado Colombiano está obligado a implementar medidas tendientes a garantizar los derechos de las personas con discapacidad, teniendo como principales campos de acción la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social, la recreación, la cultura entre otros” (se resalta).

Por otro lado, dentro del marco del derecho internacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado mediante la Ley 74 de 1968, reconoce en su artículo 12 el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y establece las medidas que deberán adoptar los Estados para asegurar la efectividad de este derecho, tales como “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

En esta línea, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada mediante la Ley 1346 de 2009, establece en su artículo 25 que todas las personas con

discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud. En consecuencia, exige a los Estados proporcionar los servicios de salud pertinentes de manera que se puedan prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades.

A su turno, la Ley Estatutaria 1618 de 2013 determina, en su artículo 10, una serie de medidas que deben ser adoptadas por las entidades prestadoras de servicios de salud en armonía con el artículo 25 de la CDPD. Sobre dichas medidas, es relevante resaltar: “(i) la de garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios; (ii) la de establecer programas de atención domiciliaria para la atención en salud de las personas con discapacidad; y (iii) la de eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad” (se resalta).

Por su parte, la Ley 1751 del 2015, en su artículo 11, dispone que la atención en salud de las personas en situación de discapacidad no podrá ser limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Por lo tanto, “las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”.

En conclusión, es importante puntualizar que el goce efectivo del derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad se rige por una serie de principios que el Estado debe observar y garantizar. Ello, con la finalidad de que los sujetos de especial protección, como las personas en situación de discapacidad, puedan alcanzar los más altos niveles de bienestar y, concretamente, de su estado de salud. En consecuencia, las entidades encargadas de suministrar los servicios de salud deben asegurar el acceso efectivo a este derecho, así como la plena realización de sus garantías fundamentales, sin que en dicho proceso medien restricciones de índole administrativa o económica.

El deber de las EPS de garantizar a los pacientes el acceso efectivo a los servicios de salud. Reiteración de jurisprudencia.

Atendiendo al principio de continuidad, ya estudiado en esta providencia, es preciso señalar que los usuarios del sistema de salud tienen derecho a recibir la totalidad del tratamiento de acuerdo con las consideraciones del médico y que los servicios de que gozan no deben ser suspendidos, interrumpidos o limitados por parte de las Entidades Promotoras de Salud. Lo anterior, considerando que la interrupción de un tratamiento o la limitación del goce de su totalidad no debe ser originada por trámites de índole administrativo, jurídico o financiero de las EPS. De ahí que el deber impuesto a dichas entidades procura brindar un acceso efectivo a los servicios de salud.

En este sentido, la Corte Constitucional no ha sido pasiva en sus pronunciamientos frente al deber que recae sobre las Entidades Promotoras de Salud de garantizar la efectiva materialización de este derecho. Es así como en la sentencia T-259 de 2019 esta Corporación reiteró que “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”.

Adicionalmente, la Corte señaló los criterios que deben ser tenidos en cuenta por las EPS para garantizar la continuidad en la prestación del servicio que ofrecen a sus usuarios, específicamente sobre tratamientos médicos ya iniciados, bajo el entendido de que:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados” (se resalta).

Por lo anterior, la interrupción arbitraria del servicio de salud es contraria, no sólo al derecho fundamental a la salud, sino también al derecho a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, especialmente tratándose de personas con algún tipo de discapacidad física, mental o sensoria. Ellas, como sujetos de especial protección, tienen derecho a obtener la totalidad del componente médico previsto para el manejo del padecimiento que les sobrevino. De manera que todos los pacientes puedan acceder efectivamente a los requerimientos necesarios para atender su condición de salud y tengan la oportunidad de vivir en el mayor nivel de bienestar posible.

En síntesis, para la Corte, el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud deben facilitar su acceso en observancia de los principios que rigen la garantía del derecho a la salud. Lo anterior, implica que las EPS no deben omitir la prestación de los servicios de salud por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan el acceso, práctica y finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes.

5.5.3 El cubrimiento de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y el acompañante.

Transporte.

Según la Ley 1751 de 2015, artículo 6°, literal c, “(l) los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información”. En concordancia, el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, si bien no constituyen servicios médicos⁹, lo cierto es que sí constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.

Resulta importante diferenciar entre el transporte intermunicipal (traslado entre municipios) e interurbano (dentro del mismo municipio)¹⁰. En relación con lo primero, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 5857 de 2018- “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, el cual busca que “las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución”

Bajo ese entendido, dicha Resolución consagró el Título V sobre “transporte o traslado de pacientes”, que en el artículo 120 y 121 establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes por estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), con cargo a la UPC. En términos generales “el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS”¹¹

Siguiendo lo anterior, en principio el paciente únicamente está llamado a costear el servicio de transporte cuando no se encuentre en los eventos señalados en la Resolución 5857 de 2018¹². Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que 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 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”

En consideración a lo anterior se han establecido las siguientes subreglas que implican la obligación de acceder a las solicitudes de transporte intermunicipal, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018:

“i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente¹³

ii.Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.

iii.De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

⁹ Sentencia T-074 de 2017 y T-405 de 2017

¹⁰ Sentencia T-491 de 2018

¹¹ Sentencia T-491 de 2018.

¹² Sentencia T-491 de 2018.

¹³ Sentencia T-769 de 2012.

En relación con el transporte intramunicipal, esta Corporación ha evidenciado que “no se encuentran incluidos expresamente en el PBS con cargo a la UPC”, por consiguiente, cuando el profesional de la salud advierta su necesidad y verifique el cumplimiento de los requisitos señalados en los anteriores párrafos, deberá tramitarlo a través del procedimiento de recobro correspondiente¹⁴

Alimentación y Alojamiento.

La Corte Constitucional reconoce que estos elementos, en principio, no constituyen servicios médicos, en concordancia, 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 por su familia. No obstante, teniendo en consideración que no resulta posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, excepcionalmente, esta Corporación ha ordenado su financiamiento.

Para ello, se han retomado por analogía las subreglas construidas en relación con el servicio de transporte. Esto es, (i) se debe constatar 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 médica en el lugar de remisión exige “más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento”¹⁵.

Transporte, alimentación y alojamiento para un acompañante.

En algunas ocasiones el paciente necesita un acompañante para recibir el tratamiento médico. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando (i) se constate que el usuario es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”; (ii) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado¹⁶.

Falta de capacidad económica.

En relación con el requisito consistente en demostrar la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte para un acompañante debe precisarse que la ausencia de capacidad financiera puede constatarse con los elementos allegados al expediente, cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho pero, en caso de guardar silencio, la afirmación del paciente se entiende probada y, puntualmente, respecto de las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud mediante el Régimen Subsano o inscritas en el SISBEN “hay presunción de incapacidad económica (...) teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”¹⁷.

5.5.4. Derecho a la dignidad humana.

En relación con el alcance y contenido del derecho a la dignidad humana, la Corte constitucional¹⁸, ha puntualizado que:

La Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciados: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura. Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo.

¹⁴ Sentencia T-491 de 2018.

¹⁵ Sentencias T-487 de 2014, T-405 de 2017 y T-309 de 2018.

¹⁶ Sentencia T- 259 de 2019.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Sentencia T-291 de 2016

Al respecto, dentro del mismo pronunciamiento, la Corte ha entendido a la dignidad humana como un derecho fundamental autónomo, en los siguientes términos:

Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado.

5.5.5. Del derecho a la vida.

La primacía e inviolabilidad de la vida le otorga a ésta una especial protección constitucional; su desarrollo en la Carta de 1991, como principio, como valor y como derecho, refleja la importancia que se le atribuye dentro del ordenamiento jurídico. Según lo resaltado en la Sentencia T-102 de 1993, con ponencia de CARLOS GAVIRIA DÍAZ: (...) “la vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones.”

En primer lugar, como derecho de regulación positiva, el inciso segundo del art. 2º consagra el deber de las autoridades públicas de proteger la vida de todos los residentes en Colombia. Igualmente, la vida es reconocida como un derecho inalienable de la persona cuya primacía señala el art. 5º de la Carta. Más adelante, es ubicado dentro del Título Segundo, Capítulo Primero referente a los derechos fundamentales, estableciendo el art. 11 su carácter de inviolable, pues nadie puede vulnerarlo.

Dentro del desarrollo que del derecho fundamental a la vida ha realizado la jurisprudencia constitucional, se destaca que tiene dos ámbitos vinculantes para el Estado: debe respetarse y debe protegerse. Conforme a lo anterior, las autoridades públicas están doblemente obligadas a abstenerse de vulnerar el derecho a la vida y a evitar que terceras personas lo afecten.

Este segundo ámbito, se refiere al deber de asegurar o garantizar el respeto al derecho a la vida por parte de terceros. Dicho deber de protección no es formal, el amparo tiene que ser real y efectivo. Constituye una obligación positiva en cabeza del Estado para actuar con eficiencia y celeridad en su labor de defensa y cuidado de este derecho fundamental, conforme al segundo inciso del art. 2º de la Constitución Política.

El Estado debe responder a las demandas de atención de manera cierta y efectiva, pues ante la amenaza que se tiende sobre la existencia y tranquilidad de individuos o grupos que habitan zonas de confrontación o que desarrollan actividades de riesgo en los términos del conflicto, es inexcusable que el Estado pretenda cumplir con sus deberes limitándose a señalar su imposibilidad para prestar la ayuda requerida¹⁹.

5.5.6 El derecho fundamental a la salud y su connotación en los niños.

Conforme al artículo 48 constitucional, la salud es un servicio público, que puede ser prestado por entidades públicas o privadas. Empero, también es considerado un derecho que, no obstante acusar un carácter prestacional, se estima fundamental en sí mismo y exigible en algunos casos mediante la acción de tutela. Tratándose de niños, niñas y adolescentes, la salud y la seguridad social son definidas por el artículo 44 de la Constitución de 1991 como derechos fundamentales, de especial e inmediata protección,

¹⁹ Sentencia T-981 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda.

el artículo 48 alude a este dentro de la seguridad social, como un servicio público obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; también el artículo 49 superior, cuando indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud; y el artículo 50 obliga a todas las instituciones de salud que reciben recursos del Estado a brindar atención gratuita a menores de un año sin afiliación a la seguridad social.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-090 de 2021, estableció lo siguiente:

“Respecto de la protección del derecho fundamental a la salud de los menores de edad, el artículo 44 superior también se refiere a la integridad física y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Así, es deber del Estado, de la sociedad y de la familia, esforzarse por el pleno cumplimiento de las prerrogativas constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizarles sus máximos niveles de desarrollo integral y armónico, puntualizando que “los derechos de los niños prevalecen sobre los demás”.

“Acorde con lo expuesto, la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) definió el principio de primacía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como “(...) un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. Específicamente, en varios escenarios, incluidos el de la salud, la Corte ha indicado que dicho principio supone aplicar la medida más beneficiosa para salvaguardar al menor de edad que ve comprometida la garantía de sus derechos fundamentales”.

Ahora, en relación con lo regulado en los artículos 48 y 49 de nuestra Constitución, recordando que la Seguridad Social en Salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado y que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, sin excepción alguna, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud, bajo los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, la sentencia T-565 de 2019 sostuvo: “que (de) la lectura sistemática de esas disposiciones con lo establecido en el artículo 13 Superior, se ha precisado que (i) la garantía de los derechos fundamentales no pende de la condición de ciudadano, sino de la condición de ser humano; de ser persona que habita el territorio nacional; y (ii) que se debe velar por garantizar el derecho a la salud de aquellas personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”

5.6. CASO CONCRETO

Corresponde determinar si a partir del proceder que acusa el accionante en su escrito de tutela, la entidad ha vulnerado los derechos fundamentales que invoca.

De los documentos arrojados se desprende lo siguiente:

- (i)** El agenciado JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, se encuentra afiliada al Régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud por intermedio de LA NUEVA E.P.S S.A en estado de afiliación activo²⁰.
- (ii)** La agente oficiosa del menor JHORMAN ARLES LOSADAVALDERRAMA aduce en su escrito tutelar, ha sido diagnosticado de la siguiente manera: K409 HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA, este padecimiento frecuentemente le

²⁰ Conforme a la información suministrada por la NUEVA EPS al descorrer el traslado dentro del presente trámite

ocasiona dolores, pues su hernia le impide hacer esfuerzos, por tanto, esta situación no está permitiendo su desarrollo en condiciones óptima.

- (iii) En vista de lo anterior, asistió a consulta el 1° de julio del presente año en donde el médico tratante le prescribió una serie de órdenes médica entre las cuales se encuentran: *“INTERCONSULTA POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA – HERNIORRAFIA INGUINAL UNILATERAL VIA ABIERTA – RESECCIÓN DE LESION TESTICULAR SOD”*, así pues, la interconsulta fue concedida mediante autorización de servicios No. (POS – 6592) P008 – 181373404 por su parte los otros dos servicios cuentan con autorización No. (POS – 6592) P008 – 181373615, sin embargo, para efectos de su prestación estos servicios fueron remitidos a la ciudad de NEIVA en la ESE HOSPITAL UNIVERISTARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO, además, se programó cita para estas prestaciones el día 22 de agosto de 2022. Finalmente, esgrimió la agente oficiosa, que, pese a que el menor se encuentra afiliado por su progenitor al régimen contributivo, los recursos económicos no les alcanzan para sufragar los costos de la patología del agenciado, entre ellos el transporte, hospedaje y la alimentación, máxime cuando deben desplazarse a la ciudad de Neiva (H.) para poder recibir los servicios requeridos.
- (iv) Por su parte, la NUEVA EPS al descorrer traslado a la presente acción constitucional, indicó que el caso del menor JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA quien requiere gastos de transporte para desplazarse desde el municipio de Florencia hasta la ciudad de Neiva, en la resolución 2292 del 23 de diciembre del 2021, donde se actualizó el servicio y tecnologías en salud financiadas con los recursos de la unidad de pago por capitación UPC, por lo tanto, el transporte esta por fuera de la cobertura no son procedentes. Agregó que, el transporte requerido por la accionante no es procedente en la medida que debido a que su lugar de residencia Florencia, Caquetá no se encuentra en el listado de municipios corregimientos departamentales a los que se les reconoce prima adicional - diferencial, por zona especial de dispersión geográfica y a los cuales la EPS no está en la obligación de costear el transporte del paciente, de acuerdo con la Resolución 2381 de 2021; En este orden de ideas, solicito la parte accionada negar la prestación de transporte para el afiliado y un acompañante por considerarse improcedente al ser traslado ambulatorio, donde revisada la Resolución 2381 de 2021 el municipio de Florencia, Caquetá no se encuentra dentro de los municipio o área no municipalizadas por departamentos, a los que se les reconocerá prima adicional por zona especial de dispersión geográfica.
- (v) Por su parte el jefe de la oficina jurídica de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, al descorrer el traslado manifestó que, de acuerdo con la normatividad, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Administradora, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad. Señaló que, las EPS tienen la

obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC

Acusa la señora EDNA JASBLEIDY LOSADA VALDERRAMA, vulnerados los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, a la seguridad social integral y dignidad humana del agenciado, por parte de NUEVA EPS, pues la patología que presenta es “K409 HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA”, para lo cual se fueron ordenados por el médico tratante los siguientes servicio; “INTERCONSULTA POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA – HERNIORRAFIA INGUINAL UNILATERAL VIA ABIERTA – RESECCIÓN DE LESION TESTICULAR SOD”, así pues, la interconsulta fue concedida mediante autorización de servicios No. (POS – 6592) P008 – 181373404 por su parte los otros dos servicios cuentan con autorización No. (POS – 6592) P008 – 181373615, los cuáles fueron autorizados en la ciudad de NEIVA en la ESE HOSPITAL UNIVERISTARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO y se programó cita para el día 22 de agosto de 2022, por lo que solicitaron a la accionada también se les autorizara el servicio de transporte, alimentación y hospedaje, pero lo mismos fueron negados por no estar dentro del Pos.

En el presente asunto, la agente oficiosa solicita se ordene a NUEVA EPS, que adelante las gestiones correspondientes para que le sean prestados los servicios médicos ordenados los médicos tratantes y que además se le conceda el transporte, alimentación y hospedaje para el menor y su acompañante, quien al descorrer el traslado, manifestó que los servicios médicos requeridos por la actora, que se encuentra excluido de la Resolución 2292 de 2021, “por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud” y por lo tanto no es financiado por la Unidad de Pago por Capitación, pues no se encuentra relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas.

Para efectos de resolver si es procedente la orden de autorizar los gastos de transporte a favor de la accionante, es preciso señalar los requisitos para su procedencia. Como argumentos de autoridad se cita la sentencia T- 122/2021:

“(…) De conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corte, una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella cuando se abstiene de pagar los gastos de transporte intermunicipal y de estadía (incluidos su alojamiento y alimentación) –estos últimos si la persona debe permanecer más de un día en el lugar donde recibirá la atención que necesita– que el usuario debe cubrir para acceder a un servicio o tecnología en salud ambulatorio (incluido en el plan de beneficios vigente) que requiere y que es prestado por fuera del municipio o ciudad donde está domiciliado. **En la Sentencia SU-508 de 2020, la Sala Plena unificó las reglas sobre el suministro del servicio de transporte intermunicipal para pacientes ambulatorios, es decir, que no requieren hospitalización. Dicha providencia reiteró la jurisprudencia que ha establecido 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.

La Sala Plena enfatizó que, en el plan de beneficios vigente actualmente, no existe duda de que el transporte intermunicipal para paciente ambulatorio se encuentra incluido, pues no ha sido expresamente excluido y, de hecho –aunque este no es un factor determinante para concluir que un servicio de salud está incluido en el conjunto de servicios a los que tiene derecho un usuario del Sistema de Salud–, la **reglamentación regula su provisión**. La Corte recordó que, de acuerdo con el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, las EPS están obligadas a conformar su red de prestadores de manera que aseguren que sus usuarios puedan acceder a los servicios que requieran en todo el territorio nacional y escoger un prestador entre las IPS con las que exista convenio en el área de influencia correspondiente.

De esta forma, la Sala Plena unificó su criterio en el sentido de 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 servicio de salud en un municipio distinto a aquél donde vive el usuario. (...)**” (Negrilla del Despacho).

De acuerdo a lo anterior, no es suficiente con la simple la autorización de los servicios requeridos por el paciente, si los mismos no se le prestan para restablecer su salud, como en el caso que nos ocupada, dado que al menor JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA le fueron autorizadas “INTERCONSULTA POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA – HERNIORRAFIA INGUINAL UNILATERAL VIA ABIERTA – RESECCIÓN DE LESION TESTICULAR SOD” en la ciudad de Neiva y pese a la solicitud elevada por la agente oficiosa del servicio de transporte, alimentación y hospedaje, no se ha demostrado a la fecha por parte de la EPS accionada haya realizado las gestiones administrativas y presupuestales para autorizar los servicios que le fueron negados, los cuales son necesarios para garantizar que el menor sea valorado oportunamente por la especialidad ordenada por el cirujano pediátrico; así las cosas, es evidente que la EPS accionada desconoce el derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud, por tanto, al verificarse la necesidad de la intervención, el juez constitucional debe tomar medidas para que los servicios prescritos por el médico tratante, sean suministrados eficiente y responsablemente, por lo que este Despacho procederá a tutelar los derechos fundamentales a la salud, la vida y dignidad humana del menor JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, pues los servicios que reclama el agenciado se encuentran debidamente ordenado por el médico tratante, serán prestados por una IPS que hace parte de la red prestadora de servicios de salud contratados por la EPS accionada y en una ciudad diferente a la residencia del usuario.

Ahora bien, en la respuesta de la Nueva EPS no se infiere de sus manifestaciones razón que desvirtúe las condiciones económicas y familiares en las que se encuentra el agenciado o que haya desplegado alguna gestión para desvirtuar lo expuesto por la parte demandante en el escrito de tutela que sustente el deber familiar de cuidado en

las situaciones como las del menor JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que:

“(…) La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos. Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas se tengan como prueba suficiente.” Sentencia T-178/17.

Es claro entonces, que no desvirtuó probatoriamente en el caso de marras la situación económica del agenciado o su familia que impida al Juez Constitucional conceder por vía de tutela la provisión de este servicio aquí pretendido, nótese que tal como lo expuso la hermana del agenciado, señaló que su progenitor si bien cuenta con un empleo, los ingresos tan solo alcanzaban para suplir las necesidades básicas al interior del hogar, por lo que no cuentan con recursos económicos adicionales que le permitan sufragar los gastos de transporte, alimentación y hospedaje para asistir a las consultas médicas ordenadas a su hermano, máxime cuando estas se deben realizarse en una ciudad distinta a la de su residencia.

En consecuencia, se ordenará a NUEVA EPS que, por parte del Gerente Zonal de Florencia, Caquetá, con apoyo de las demás dependencias, y de acuerdo con sus competencias, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, realicen los trámites administrativos y financieros necesarios, para que se le garantice al menor JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, la atención oportuna y efectiva que requiere con ocasión de la enfermedad *"K409 HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA"*, para lo cual fueron ordenados por el médico tratante los siguientes servicios; *"INTERCONSULTA POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA – HERNIORRAFIA INGUINAL UNILATERAL VIA ABIERTA – RESECCIÓN DE LESION TESTICULAR SOD"*, y que en consecuencia, se proceda a autorizar, gestionar, el acceso y suministro a los medicamentos, tratamientos, tecnologías, personal médico y procedimientos necesarios para el restablecimiento de su salud, conforme lo determine el médico tratante conforme a la patología que presenta el menor; igualmente, deberá suministrar los gastos de transporte, alimentación y hospedaje, necesarios para el menor y su acompañante, cuando los servicios médicos sean prestados en ciudad diferente a Florencia (Caquetá) o su lugar de residencia. Lo anterior, deberá acreditarse ante este Despacho con constancia de la prestación del servicio de salud, so pena de que pueda iniciarse trámite de cumplimiento y/o incidente de desacato.

Por último, se advierte a la parte actora que para efectos de impartir el trámite de cumplimiento o el incidente de desacato previstos en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, respectivamente, deberá poner en conocimiento del Despacho, la omisión por parte de la entidad en atender las órdenes impartidas en la sentencia de tutela, en el evento que no haya procedido de conformidad y en los términos previstos en esta decisión.

Finalmente, en lo referente a la solicitud realizada por la accionada NUEVA EPS, relacionada con que si se ordena entregar servicios o insumos no incluidos en el plan de

beneficios en salud, pero que se pueden financiar con recursos del sistema de salud, se ordene a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DE SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES el pago de los servicios directamente al prestador y en caso de no considerar esta opción, se otorgue el recobro de los servicios a favor NUEVA EPS y con cargo al ADRES, es menester señalar que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto ha establecido lo siguiente:

Ahora, de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela.²¹

Por lo anterior, es menester que este Despacho Judicial se abstenga de pronunciarse respecto de la facultad de recobro, en tanto dicha situación escapa ampliamente al ámbito de la acción de tutela, pues entraría a definir decisiones que son de competencia exclusiva de entidades administrativas por Ministerio de la Ley y el Reglamento, y en nada afecta la prestación de servicio de salud y menos aún son objeto de discusión frente a los derechos fundamentales debatido en la presente acción constitucional, por tanto, se negara la petición de ordenar el recobro de la NUEVA EPS.

Por lo expuesto, el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE FLORENCIA, CAQUETÁ, Administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida y dignidad humana del menor **JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, identificado con tarjeta de identidad No. 1.118.372.166**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - En consecuencia, **ORDENAR** a la **NUEVA EPS** que, por parte del Gerente Zonal Huila, que, por parte de su Gerente, junto con las demás dependencias encargadas y conforme a las competencias de cada Entidad, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, en caso de que no lo hubieren hecho, realicen los trámites administrativos y financieros necesarios, para que se le garantice al menor JHORMAN ARLES LOSADA VALDERRAMA, la atención oportuna y efectiva que requiere con ocasión de la de la enfermedad *"K409 HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA"*, para lo cual fueron ordenados por el médico tratante los siguientes servicios; *"INTERCONSULTA POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA –*

²¹ Sentencia T-122 de 2021.

HERNIORRAFIA INGUINAL UNILATERAL VIA ABIERTA – RESECCIÓN DE LESION TESTICULAR SOD”, y que en consecuencia, se proceda a autorizar, gestionar, el acceso y suministro a los medicamentos, tratamientos, tecnologías, personal médico y procedimientos necesarios para el restablecimiento de su salud, conforme lo determine el médico tratante conforme a la patología que presenta el menor; igualmente, deberá suministrar los gastos de transporte, alimentación y hospedaje, necesarios para el menor y su acompañante, cuando los servicios médicos sean prestados en ciudad diferente a Florencia (Caquetá) o su lugar de residencia. Lo anterior, deberá acreditarse ante este Despacho con constancia de la prestación del servicio de salud, so pena de que pueda iniciarse trámite de cumplimiento y/o incidente de desacato.

TERCERO.- Para efectos de impartir el trámite de cumplimiento o el incidente de desacato previstos en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, respectivamente, la PARTE ACTORA deberá poner en conocimiento del Despacho, la omisión por parte de la entidad en atender las órdenes impartidas en la sentencia de tutela, en el evento que no haya procedido de conformidad y en los términos previstos en esta decisión..

CUARTO. - NEGAR la solicitud de recobro presentada por la **NUEVA EPS**, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO.- NOTIFICAR a las partes este fallo, en la forma prevista en el art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO. - En el evento de que esta sentencia no fuere impugnada, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ANDRÉS FELIPE POLANÍA LUGO
Juez