



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, nueve (9) de marzo de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN: TUTELA
ACCIONANTE: ANA ORFILIA MORALES
ACCIONADO: NUEVA EPS
RADICADO: 20-001-33-33-007-2020-00008-01
MAGISTRADO PONENTE: Dr. OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la apoderada judicial de la NUEVA EPS, contra el fallo de tutela de fecha 27 de enero de 2020¹, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Valledupar, mediante el cual se tutelaron los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida digna, requeridos por la señora ANA ORFILIA MORALES.

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

La señora KENITH MAIDETH CASTRO MORALES, en su condición de agente oficiosa de la señora ANA ORFILIA MORALES, manifestó que su representada se hallaba afiliada al régimen subsidiado en salud brindado por la NUEVA EPS, con padecimiento de cáncer de mama con metástasis cerebral, siendo remitida de la ciudad de Valledupar a la Clínica General del Norte en la ciudad de Barranquilla, IPS en la que se encontraba internada actualmente.

Afirmó que su agenciada había sido sometida al procedimiento de *craneotomía parietoccipital derecha para resección de la lesión*, y que con ocasión de la realización de radioterapias de manera prematura, le devino en consecuencia complicaciones durante el post operatorio, de tal suerte que le fue ocasionada una *fístula del LCR y sobreinfección de los tejidos blandos*, conduciéndola dicha anomalía al sometimiento de seis intervenciones quirúrgicas más, dentro de las cuales, dos fueron plásticas, y cuatro practicadas en el cráneo, sin evolución satisfactoria a causa de la severidad de la infección que impedía la cicatrización de la herida.

Manifestó que en virtud de lo anterior, su médico tratante le ordenó la remisión a una clínica de cuarto nivel con atención de un cirujano microvascular. Por lo que así las cosas, y ante la mora por parte de la NUEVA EPS en acceder a lo requerido por el galeno, el día 9 de diciembre de 2019 su representada petitionó a dicha entidad el envío al destino clínico demandado por el profesional de la salud, bien fuera en la ciudad de Medellín, Bogotá o Bucaramanga, con la inclusión de

¹ Folios 89 a 95 del expediente.

los viáticos por concepto de transporte, alimentación y hospedaje para ella y su acompañante, sin que nada respondiera al respecto la NUEVA EPS.

Refirió que el día 24 de diciembre de 2019, la agenciada fue internada en la Clínica General del Norte de la ciudad de Barranquilla, sin ningún tipo de atención médica, bajo la premisa que dada la complejidad de su caso debía realizarse una junta médica para determinar lo procedente respecto a su enfermedad. No obstante, le fue ordenada su salida transitoria de la referida IPS ante la ausencia de galenos disponibles en razón de las festividades navideñas, ordenándosele su reingreso para el día 5 de enero de 2020.

Informó que la señora ANA ORFILIA MORALES, durante el transcurso de su tratamiento patológico, ha recibido un trato inhumano, en el sentido que ha sido víctima de la mora y las dilaciones, sin recibir el procedimiento idóneo, oportuno y eficaz demandado por el cuadro clínico que le aqueja.

Añadió que la NUEVA EPS había remitido a su agenciada a la Clínica General del Norte de la ciudad de Barranquilla, donde no existía el galeno requerido para el tratamiento de su enfermedad, ni las condiciones de higiene demandadas por la patología, limitándose únicamente a recibir las curaciones diarias en la supurante herida de su cabeza que empeoraba cada día. Advirtiendo que en lo que concernía a la junta médica a realizar con ocasión de la complejidad de su patología, todavía la misma no había sido constituida.

2.2.- PRETENSIONES.-

Constituyó el objeto de la presente tutela, las pretensiones que a continuación se transcriben:

PRIMERO: Se le protejan a la señora ANA ORFILIA MORALES, los derechos fundamentales amenazados violados y/o vulnerados, a la salud, dignidad humana, a la vida, a una vida digna, a la seguridad social, además, EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO en una Clínica de Cuatro (4) Nivel que tenga vinculado el médico idóneo especialista en su enfermedad específicamente CIRUJANO MICROVASCULAR, que lo hay en EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA en la ciudad de BOGOTA, HOSPITAL PABLO TOBON URIBE en la ciudad de MEDELLIN O la CLINICA FOSCAL en la ciudad de BUCARAMANGA, cuyas clínicas cuentan con la higiene, asepsia necesaria para el tratamiento de su patología.

SEGUNDO: Se ordene a la NUEVA EPS, la inmediata reunión de la junta medica para que con su historia clínica emitan concepto sobre cómo proceder con su caso ya que lleva internada desde el 10 de junio de 2019 sin recibir el tratamiento adecuado.

TERCERO: Se ordene la NUEVA EPS, la INMEDIATA asistencia, y tratamiento con el medico especialista en CIRUGIA MICROVASCUAL, que lo hay en EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA en la ciudad de BOGOTA, HOSPITAL PABLO TOBON URIBE en la ciudad de MEDELLIN O la CLINICA FOSCAL en la ciudad de BUCARAMANGA.

CUARTO: Se ordene a la nueva EPS, le suministre a la señora ANA ORFILIA MORALES, todos los gastos correspondientes a los medios de TRANSPORTE y TRASLADO, HOSPEDAJE y ALIMENTACIÓN para ella y su acompañante en la Ciudad

remitida, por cuanto no cuenta con los recursos para pagar el valor del traslado, hospedaje y alimentación en Barranquilla, debido a su enfermedad no trabaja, ni percibe ninguna clase de recursos económicos, pertenece al régimen subsidiado; y su acompañante no trabaja por ende no percibe ingresos económicos como consecuencia del cuidado de su enfermedad; (...)" (SIC).

(...)

2.3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

La presente acción de amparo fue fundamentada en el artículo 86 de la Constitución Política, y en sus Decretos Reglamentarios 2591 de 1991, 306 de 1992, y 1382 de 2000.

2.4.- CONTESTACIÓN DE LA TUTELA

En la presente tutela, aparte de tenerse como accionada directa a la NUEVA EPS, el Despacho genitor del asunto estimó pertinente vincular a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, a la Secretaría Distrital de Salud de Barranquilla y/o del Atlántico, a la Clínica General del Norte de Barranquilla, y a la Superintendencia Nacional de Salud.

Así pues, se advierte a folios 34 y 76 a 87 del expediente, el escrito de contestación de la tutela que a continuación se transcribe, presentado por las entidades que se pasan a reseñar:

- **ALCALDÍA DE BARRANQUILLA**

Mediante apoderada judicial, sostuvo que la Secretaría Distrital de Salud de Barranquilla, luego de haber revisado el caso de la señora KENITH MAIDETH CASTRO MORALES, en representación de su madre ANA ORFILIA MORALES, coligió que era la NUEVA EPS quien debía estudiar la situación y determinar sobre la posibilidad de proporcionar y autorizar lo pretendido en la tutela.

Precisó que la Secretaría de Salud había cumplido con su protocolo de intervención frente a la prestadora de salud, lo cual conducía a manifestar la no vulneración de derecho fundamental alguno.

- **CLÍNICA GENERAL DEL NORTE DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA**

A través del Director Jurídico de dicha entidad, petitionó la denegatoria de las pretensiones de la tutela respecto a dicha IPS, argumentando no haber vulnerado los derechos fundamentales alegados por la señora ANA ORFILIA MORALES, si no que por el contrario le había sido garantizada la prestación de los servicios médicos de manera diligente y con máxima pericia.

Manifestó que en el caso de la señora MORALES, había sido remitida desde la ciudad de Valledupar para ser valorada por cirujano microvascular, con el propósito de considerarse el cierre de una lesión por craneotomía que le fue realizada de manera extra institucional. Añadiendo no haberse podido llevar a cabo tal cometido debido a la humedad de la herida, razón por la cual se procedió con el manejo de curaciones que estaban sujetas a la evolución médica de la usuaria.

Sostuvo que en la actualidad, la usuaria se hallaba definida clínicamente por las especialidades tratantes, disponiéndose de su alta médica con plan de atención domiciliario cada 15 días en su residencia ubicada en la ciudad de Valledupar, a esperas de autorización por parte de su asegurador primario la NUEVA EPS.

Argumentó oponerse a lo aducido en los supuestos de la tutela, en cuanto que en dicha entidad no le habían sido suministrados los tratamientos adecuados, registrando constancia en la historia clínica del manejo multidisciplinario que ha venido recibiendo.

Agregó que debía entenderse que la señora ANA ORFILIA MORALES, había sido trasladada de una IPS ubicada en la ciudad de Valledupar, donde había sido sometida a tiempos quirúrgicos con ocasión de su diagnóstico de cáncer de mama con metástasis cerebral, y que luego de su remisión a la Clínica General del Norte, previo a cualquier valoración por la subespecialidad de cirugía microvascular, su caso fue llevado a junta médica en la que se definió que no era el momento oportuno para que la usuaria fuera candidata para el manejo quirúrgico de su patología, en razón a la humedad de su herida.

Finalmente, coligió que de conformidad con la normatividad legal vigente, la llamada a garantizar la prestación de los servicios médicos de la señora ANA ORFILIA MORALES, era la NUEVA EPS, como quiera que en su condición de Entidad Promotora de Salud, tenía el vínculo de afiliación de la misma.

- NUEVA EPS, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, Y SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CESAR.

No se registra en el expediente, pronunciamiento alguno por parte dichas entidades.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.-

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia del 27 de enero de 2020, tuteló los derechos fundamentales invocados por la señora KENITH CASTRO MORALES en su condición de agente oficiosa de la señora ANA ORFILIA MORALES, fundándose en las apreciaciones que a continuación se transcriben:

“Es claro para este Juzgado que la accionante requiere de la autorización de un procedimiento con el fin de superar su afección en salud. Esta afirmación se deriva de las órdenes médicas e historia clínica anexadas con la demanda de tutela en las que consta la prescripción del traslado y la valoración por unas especialidades médicas, lo que permite inferir su necesidad y, por ende, que su falta de provisión implica la afectación a la salud y una desmejora en la calidad de vida de la accionante. De este modo, advierte este Despacho la configuración del primer requisito jurisprudencial para garantizar el acceso a los servicios excluidos del PBS, esto es, que la falta de servicio afecta la integridad de quien lo requiere.

Para efectos de confirmar los requisitos siguientes, este Despacho considera necesario interpretar el hecho de que la EPS-S accionada ante el requerimiento efectuado por esta Entidad Judicial en relación con la salud del paciente, no hizo referencia a que los servicios mencionados pudieran ser

sustituídos y a que el servicio médico fuera ordenado por un médico ajeno a la EPS-S a la cual se encuentra afiliada la actora.

Ahora, en lo que se refiere a la incapacidad económica de la accionante para sufragar el costo de los servicios, advierte el Despacho que la señora ANA ORFILIA MORALES, se encuentra en el régimen subsidiado, lo que implica que se trata de una persona en condiciones de vulnerabilidad y que carece de recursos económicos para satisfacer sus necesidades básicas.

Entonces, en el presente caso, de los distintos documentos médicos allegados en el expediente, se encuentra plenamente probado que la señora ANA ORFILIA MORALES requiere un procedimiento médico debido a la patología que presenta actualmente. Se encuentra establecido también que la NUEVA EPS no respondió el requerimiento hecho por este Juzgado, y a pesar de que el Despacho comprende la congestión del sistema médico operante en Colombia, no es posible trasladar esa carga a la señora Morales y menos aun siendo ésta un sujeto de especial protección constitucional por la clase de enfermedad que padece". (SIC).

(...)

IV. IMPUGNACIÓN.-

A folios 100 a 105 del paginario, versa el escrito de impugnación allegado por la gestora adjetiva de la NUEVA EPS, contra la sentencia objeto de revisión en esta instancia judicial, peticionando la revocatoria de tal decisión, como quiera que conceder el tratamiento integral a la accionante que solo requería de un medicamento, insumo o procedimiento concreto, transgredía el derecho fundamental a la igualdad respecto a los demás afiliados, propiciándose la ausencia en la realización del proceso administrativo, bajo la concepción que el único mecanismo idóneo sería la acción de tutela.

Advirtió que el principio de integralidad no debía entenderse de manera abstracta, sino hallarse sujeto a los conceptos emitidos por el personal médico, y no a lo que estimara el paciente o el juez de tutela.

Así mismo, afirmó que en lo concerniente a los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el tutelante y un acompañante, no eran un servicio que correspondiera a prestaciones reconocidas al ámbito de salud, resultando ser una exclusión expresa del POS y no financiables con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, precisando que el municipio de Valledupar no contaba con UPC diferencial, por lo que tales erogaciones debían ser asumidas por el afiliado y su grupo familiar.

De otra parte, manifestó que por tratarse de una afiliada al régimen subsidiado, debió vincularse a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar a la acción constitucional, por cuanto las entidades territoriales tenían dentro de sus funciones la de garantizar la pertinencia, asegurabilidad y universalidad en salud, respecto a financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización y mejoramiento en la prestación del servicio de salud de la población del régimen subsidiado.

Por último, precisó que en el evento en que fuera concedida la acción tutelar, se ordenara a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar pagar a la NUEVA EPS el 100 % de la totalidad de los valores que debió asumir.

V. CONSIDERACIONES.-

5.1.- COMPETENCIA.-

Por disposición del artículo 86 de la Constitución Política, y de los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación tiene competencia para conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta contra los fallos de tutela proferidos por los jueces administrativos de este distrito judicial.

Al respecto, señala el inciso segundo del artículo 32 ibídem que "El Juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo (...) si a su juicio el fallo carece de fundamento procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará..."

5.2.- GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

En la Constitución Política de 1991, el constituyente determinó que el Estado Colombiano debía organizarse conforme a los principios de un Estado Social de Derecho, siendo una de sus características fundamentales, aquélla en la que las actuaciones y procedimientos regulados deben sujetarse a lo dispuesto en los postulados legales. Así, se consagran los principios y derechos constitucionales que irradian a todo el ordenamiento jurídico su espíritu garantista, buscando la protección y realización del individuo en el marco del Estado al que se asocia.

Así las cosas, el artículo 86 de la Constitución Política, crea la acción de tutela como un mecanismo especial que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y de las demás personas particulares en los casos que determine la ley. Advirtiendo que dicha acción procede, sólo cuando el afectado no dispone de otro medio judicial de defensa, o que existiendo éste, no se configure en el mecanismo idóneo o eficaz para salvaguardar los derechos constitucionales violados o amenazados, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar la causación de un perjuicio irremediable.

De lo anteriormente expuesto, se denotan como características principales de la acción de tutela, las siguientes:

- Está instituida para la protección inmediata de derechos fundamentales.
- Subsidiariedad, por cuanto solo procede cuando el perjudicado no dispone de otro mecanismo de defensa judicial, o existiendo, no resulta idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales violados o amenazados.
- Inmediatez, porque se trata de un mecanismo jurídico de protección inmediata, procedente cuando se hace preciso disponer de la guarda efectiva, concreta y actual de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

En este sentido, la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez constitucional un análisis concreto de la situación particular del afectado, con el fin

de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente idóneo para proteger de manera integral sus derechos fundamentales, ya que, de determinarse que ello no es así, el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.

REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE

Cuando se alega perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en general quien afirma una vulneración de sus derechos fundamentales con estas características debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones. La Corte Constitucional mediante sentencia T-956/2013, señaló los requisitos para la configuración de un perjuicio irremediable:

"En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que ese perjuicio (i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo."

5.3.- PROBLEMA JURÍDICO.-

Corresponde a la Sala determinar en segunda instancia, si conforme a los hechos expuestos, a las pruebas allegadas durante el trámite sumarial, y la decisión adoptada por el *A quo*, le asiste derecho a la accionante a que le sea autorizado por parte de la NUEVA EPS la remisión a una clínica de cuarto nivel que cuente con el servicio médico de especialista en cirugía microvascular, requerido con ocasión de su patología padecida.

Lo anterior, con la inclusión de los viáticos que por concepto de transporte, alimentación y hospedaje llegara a requerir, en el evento en que los servicios médicos requeridos fueran direccionados a un destino clínico diferente al de su lugar de domicilio.

5.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

Frente al tema del Derecho a la salud, en un principio fue considerado por la Corte Constitucional como un derecho prestacional, el cual podía adquirir la condición de fundamental, cuando se encontraba en estrecha relación con los derechos fundamentales.

El derecho a la salud era amparado en conexidad con el derecho a la vida, haciéndose procedente la utilización de la acción de tutela cuando los servicios que comprendían el mejoramiento de las condiciones físicas del paciente, no eran otorgados por la entidad responsable, generando dicha omisión una afectación en la vida de aquel.

Posteriormente la Corte Constitucional amplió su interpretación, asignándole el carácter de fundamental al concepto de derecho a la salud, indicando que también tiene la connotación de prestación de acuerdo a como se establece en el artículo 49 de la Constitución Política, afirmando que todas las personas tienen derecho a acceder a la salud, correspondiéndole al Estado garantizar la prestación del servicio con eficiencia, universalidad y solidaridad.²

De igual manera la jurisprudencia constitucional, con base en la normatividad internacional, ha señalado que el derecho a la salud tiene cuatro dimensiones: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, de las cuales se deriva que toda persona tiene derecho al acceso a los servicios que se requieran, incluidos o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

En cuanto al ámbito de protección del derecho fundamental a la salud, la sentencia T-760 de 2008, indicó: "el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida y dignidad de la persona, o su integridad personal".

COBERTURA DE TRANSPORTE Y ALOJAMIENTO EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN SALUD³

En tratándose del tema de cobertura de transporte y alojamiento, la Honorable Corte Constitucional, señaló:

3.1. "...Aunque el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no constituyen servicios médicos⁴, hay ciertos casos en los cuales el acceso efectivo y real al servicio de salud

² Ver sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett. Y Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Corte Constitucional - sentencia T-487/14

⁴Cfr. Sentencia T-206 de 2013: "El Acuerdo 029 de 2011 proferido por la Comisión de Regulación en Salud - CRES-, señala en su artículo 42 que el Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud, dentro del territorio nacional, para aquellos usuarios que requieran un servicio no disponible en la institución remitora.

Igualmente, dispone que se garantiza el servicio de transporte para el paciente que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo atendiendo: i. el estado de salud del paciente, ii. el concepto del médico tratante y iii. el lugar de remisión. En consecuencia, aunque el transporte debe ofrecerse en ambulancia, este no es el único modo de garantizarlo, ya que se permite la utilización de los medios disponibles.

Adicionalmente, el artículo 43 del acuerdo mencionado se ocupa del transporte del paciente ambulatorio y dispone que tal servicio debe ser cubierto con cargo a la prima adicional de las unidades de pago por capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.

De ahí que si un usuario del Sistema de Salud requiere ser remitido a un municipio diferente al de residencia con el fin de acceder a un servicio médico y al lugar de remisión se le reconoce una UPC adicional, el transporte está incluido en el POS y deberá ser cubierto por la EPS a la cual se encuentra afiliado.

Ahora bien, de lo anterior se podría concluir que cuando el municipio remitente no cuenta con una UPC diferencial mayor, el transporte debe ser asumido por el afiliado o su familia. Sin embargo, la Resolución 5261 de 1994 consagró dos excepciones: por un lado, los casos de urgencia debidamente certificada y, por otro, los pacientes internados que requieran atención complementaria."

depende de la ayuda para garantizar el desplazamiento al lugar donde será prestada la atención⁵.

Este Tribunal ha considerado, a partir del principio de solidaridad sobre el que descansa el derecho a la seguridad social, que cuando un usuario del Sistema de Salud es remitido a un lugar diferente a su residencia para recibir la atención médica prescrita por su galeno tratante, debido a que su EPS no cuenta con disponibilidad de servicios en el lugar de afiliación, los gastos que se originen por el transporte y la estadía deben ser asumidos por el paciente o su familia⁶.

No obstante, se ha establecido como excepción a la anterior regla el caso de los usuarios que son remitidos a un municipio diferente de su domicilio⁷, pero ni ellos ni su familia cuentan con la capacidad económica para asumir el costo del transporte⁸.

3.2. En consecuencia, la Corte ha establecido que procede su protección excepcional a través de la acción de tutela cuando la falta de autorización del transporte afecte gravemente el goce efectivo del derecho a la salud. Sobre el particular, la sentencia T-760 de 2008 conceptuó:

“La jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación,⁹ ha señalado en varias ocasiones que toda persona tiene derecho a

5 Sentencia T-760 de 2008.

6 Sentencia T-741 de 2007.

7 En la Sentencia T-838 de 2012, la Corte indicó: “Este conflicto, que contraría la garantía de accesibilidad económica del derecho a la salud, es recurrente y no en pocas ocasiones ha sido resuelto por esta Corte en sede de tutela. Para ello, la corporación ha hecho referencia a múltiples fuentes, como son los elementos derecho internacional público, a propósito del contenido mínimo del derecho fundamental a la salud, y su relación con las disposiciones legales y reglamentarias sobre el derecho al transporte, como medio para acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad.

3.2.1.1. Pues bien, esta corporación integró al desarrollo constitucional del derecho fundamental a la salud, el elemento de accesibilidad y sus cuatro dimensiones. Por tratarse de criterios generales sobre las condiciones mínimas en que los usuarios deben acceder a los servicios que brinda el Sistema de Salud, tales dimensiones son protegidas por vía de tutela.

Específicamente, cuando una persona requiere un servicio de salud en un municipio diferente al de residencia, el cual supone gastos de transporte, para todos los casos, y gasto de estadía, en algunos de ellos, estamos frente a dos elementos esenciales del derecho a la salud: la accesibilidad física y la accesibilidad económica.

3.2.1.2. La Corte ha adoptado la accesibilidad física para significar que no en todos los casos de acceso a los servicios de salud, los usuarios van a poder acceder a ellos en su lugar de afiliación. Por lo tanto, la entidad de salud responsable, deberá remitir al usuario a una zona geográfica distinta en donde haya disponibilidad de especialistas, equipos médicos, medicamentos, etc. Pues bien, el traslado entre zonas geográficas implica costos; estos costos, como se señaló en el primer párrafo de esta apartado, deben ser cubiertos, en principio por el paciente y su familia. Pero se retoma aquella situación en la cual el paciente y su familia no tienen los recursos económicos; y aquí se hace referencia a la garantía de accesibilidad económica: a través de esta dimensión del derecho fundamental a la salud, se garantiza que a los usuarios más pobres que integran el Sistema Público de Salud, no se les impongan cargas económicas desproporcionadas, en comparación con aquellos usuarios que sí pueden sufragar el costo de los servicios médicos que requieren”.

8 Ver al respecto las sentencias T-884 de 2003, T-739 de 2004, T-223 de 2005, T-905 de 2005, T-1228 de 2005, T-1087 de 2007, T-542 de 2009, T-550 de 2009 y T-736 de 2010.

9 En la sentencia T-350 de 2003, una de las principales decisiones dentro de esta línea jurisprudencial, se fundó en el artículo 2º de la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio del Sistema de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud), en tanto señala que “cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en

acceder a los servicios de salud que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía para poder recibir la atención requerida.

(...) Pero no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario.”

Con posterioridad, en Sentencia T-149 de 2011, se coligió:

“ (...) queda establecido que 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. Esto dentro de la finalidad constitucional de que se remuevan las barreras y obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios de salud que requieren con necesidad.”

3.3. En tal contexto, de conformidad con los pronunciamientos de esta Corporación¹⁰ se advierte que el servicio de transporte se encuentra incluido del POS¹¹ y, en consecuencia, debía ser asumido por la EPS en aquellos eventos en los que:¹²

- i. Un paciente sea remitido en ambulancia por una IPS a otra, cuando la primera no cuente con el servicio requerido.
- ii. Se necesite el traslado del paciente en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad de la EPS y según el criterio del médico tratante.

los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. (...).

¹⁰ Reiterado en la sentencia T-206 de 2013.

¹¹ Resolución 5521 de 2013, art: 124: “TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

-- Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

-- Entre instituciones prestadoras de servicios de salud 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. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio 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.

Así mismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.”

Resolución 5521 de 2013, art: 125: “TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

PARÁGRAFO. Las EPS igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de esta resolución, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS recibe o no una UPC diferencial.”

¹² Estas reglas que a continuación se transcriben se establecieron en sentencias anteriores a la T-760 de 2008 y en esta última se ordenó su inclusión en la correspondiente regulación, razón por la cual fueron plasmadas en los acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, aun cuando su desarrollo ha sido esencialmente por vía jurisprudencial.

iii. Un paciente ambulatorio deba acceder a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia y necesite ser transportado en un medio diferente a la ambulancia¹³.

3.4. A partir de esta última situación, las subreglas jurisprudenciales en materia de gastos de transporte intermunicipal se circunscriben a los siguientes eventos:¹⁴

i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente¹⁵.

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.

iv. Si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento.

En un mismo sentido, de manera reciente la Corte Constitucional frente al tema del cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud, indicó:

“El servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional, al igual que por el ordenamiento jurídico, como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, pues, en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental.[10]

Así, la Resolución No. 5592 de 2015, “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones”, establece, en su artículo 126, que se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre de los pacientes, cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir el servicio, incluyendo, a su vez, el transporte para atención domiciliaria. Por lo tanto, en principio, son estos eventos los que deben ser cubiertos por las EPS.

No obstante, esta Corporación ha sostenido, como se observó en párrafos anteriores y lo ha reiterado en sus pronunciamientos, que el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna y eficiente, libre de barreras u obstáculos de acceso, por tanto, en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la citada Resolución y, tanto él como sus

¹³ Es de anotar que la clase de transporte a utilizar deberá ser acorde al estado de salud del paciente y al concepto del médico tratante.

¹⁴ Cfr. Sentencia T-206 de 2013, reiteró la Sentencia T-900/02. En esta decisión, se analizaron algunos casos, donde los usuarios, al ser remitidos a lugares distintos al de su residencia para la práctica de distintos procedimientos médicos, pretendían que las respectivas EPS asumieran el valor de su transporte, solicitud que fue desestimada por la Corte ante la falta de concurrencia de los requisitos de incapacidad económica del paciente y su familia y conexidad entre el tratamiento y la vida e integridad física del mismo. Esta regla jurisprudencial también fue utilizada en casos similares en las sentencias T-1079/01, T-197/03 y T-760/08, entre otras.

¹⁵ Sentencia T-769 de 2012.

familiares cercanos carezcan de recursos económicos necesarios para sufragarlo, es la EPS la llamada a cubrir el servicio, en la medida en que se pueden generar graves perjuicios en relación con la garantía del derecho fundamental a la salud.

Ante estos eventos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez de tutela debe entrar a analizar la situación fáctica que se le presenta, pues se deben acreditar las reglas establecidas por este Tribunal, como requisito para amparar el derecho y trasladar la obligación a la EPS de asumir los gastos derivados del servicio de transporte,^[11] a saber:

“que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”^[12].

Ahora bien, en cuanto a la capacidad económica del afiliado esta Corte ha señalado que cuando este afirma que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, lo cual puede ser comprobado por cualquier medio, incluyendo los testimonios, se invierte la carga de la prueba. Por consiguiente, es la EPS la que debe entrar a desvirtuar tal situación, en la medida en que cuenta con las herramientas para determinar si es verdadera o no.^[13]

Por otro lado, relacionado también con el tema del transporte, se encuentra que pueden presentarse casos en que el paciente necesita de alguien que lo acompañe a recibir el servicio, como es el caso de personas de edad avanzada o que el tratamiento requerido causa un gran impacto en la condición de salud de la persona. En ese orden, “si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”^[14](iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado^[15] la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante.

Así las cosas, como se observó previamente, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el POS, existen otros eventos en que, a pesar de encontrarse excluidos, el traslado se torna de vital importancia para poder garantizar la salud de la persona, por consiguiente, el juez de tutela debe analizar la situación y reiterar que, de evidenciarse la carencia de recursos económicos tanto del paciente, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, resulta obligatorio para la EPS, cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de evitar imponer barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud”.¹⁶

¹⁶ Corte Constitucional - Sentencia T-062/17

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD

En cuanto al principio de integralidad en materia de salud, la honorable Corte Constitucional señaló en la Sentencia T-408 de 2011, que es obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio, propender hacia "la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás, que el paciente requiera con ocasión del cuidado de su patología y que sean considerados como necesarios por el médico tratante" como lo determinó también el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015.

En ese orden de ideas, no se puede imponer obstáculo alguno para que el paciente acceda a todas aquellas prestaciones que el médico tratante considere que son las indicadas para tratar sus afecciones, de manera oportuna y completa.

Así, por regla general, los servicios que deben ser otorgados de manera integral, son aquellos que el profesional de la salud estime pertinentes para atender el padecimiento que se presente.

DERECHO A LA SALUD DE ENFERMO DE CÁNCER

Frente al tratamiento que debería ser brindado a los pacientes con padecimientos de enfermedades como el cáncer, la Corte Constitucional en la sentencia T-081 de 2016, sostuvo:

"El tratamiento integral está regulado en el Artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar "todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no". Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir "prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad". Particularmente, este tratamiento debe garantizarse siempre a quienes sean diagnosticados con cáncer, debido a que esta es una enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta. Este tratamiento debe ser prestado por el personal médico y administrativo, teniendo en cuenta los riesgos latentes de que se cause un perjuicio irremediable sobre la salud y la vida del paciente".

5.5.- CASO CONCRETO.-

En el presente asunto, la señora ANA ORFILIA MORALES, a través de agente oficioso, interpuso acción de tutela en contra de la NUEVA EPS, a fin de que le fueran amparados sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, y a la vida digna; cercenados por la aludida entidad promotora de salud, ante su omisión de autorizarle la remisión hacia una clínica de cuarto nivel en óptimas condiciones de higiene, y que contara con la prestación del servicio médico de especialista en cirugía microvascular, requerido a fin de paliar su patología aquejada.

Demandándose además, de la entidad tutelada, el suministro de los viáticos que se llegaran a generar por concepto de transporte, hospedaje y alimentación tanto para ella como para su acompañante, a fin de poder desplazarse al respectivo destino médico que le fuera asignado.

5.6. ANÁLISIS DE LA SALA.-

De las pruebas documentales que acompañan al libelo de tutela, se advierte a folios 28 a 32 del expediente, el reporte clínico que da cuenta del cuadro patológico aquejado por la señora ANA ORFILIA MORALES, consistente en *cáncer de mama con metástasis en el cerebro, con post operatorio de craneotomía complicado con fistula de LCR y sobreinfección de los tejidos blandos*, advirtiéndose en el mismo su remisión para manejo con cirugía plástica con especialidad en microcirugía y colgajos, a fin de superar las dolencias padecidas.

Así mismo, de lo argumentado en el escrito de impugnación de la tutela presentado por parte de la NUEVA EPS¹⁷, se evidencia la negativa en acceder a las pretensiones de la tutela, bajo la premisa de ser exclusión expresa del POS, aduciendo que los viáticos por concepto de transporte, hospedaje y alimentación para la accionante y un acompañante, se trataba de un gasto fijo que debía ser cubierto por el tutelante en cualquier circunstancia.

En ese orden, previo a dirimir el conflicto suscitado entre las partes intervinientes, para esta Colegiatura es preciso determinar si a la entidad accionada le corresponde autorizar a la tutelante los tratamientos y procedimientos médicos demandados perentoriamente por su patología antes reseñada, así como el transporte, hospedaje y alimentación en el destino clínico al que fuera remitido.

Así las cosas, sea oportuno recordar lo expuesto por la Corte Constitucional frente a la obligación que les asiste a las entidades prestadoras de salud respecto a sus usuarios:

“Las entidades prestadoras de salud tienen el deber de autorizar de manera inmediata servicios de salud y/o medicamentos no incluidos en el plan de beneficios, sin someter su suministro a previa autorización del Comité Técnico Científico o de la Junta Técnico-Científica de Pares, cuando conforme a lo dispuesto por el médico tratante, se requieran de forma urgente para salvaguardar la vida y/o la integridad del paciente afectado, sin perjuicio de la revisión posterior por parte de dichas entidades”¹⁸.

Descendiendo al *sub júdice*, lo expuesto en precedencia por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se encuentra acreditado en la foliatura el diagnóstico emitido por parte del galeno tratante de la patología de la señora ANA ORFILIA MORALES, deviniendo para esta la prescripción del tratamiento y procedimiento anteriormente señalado, sin que la razón aducida por la NUEVA EPS fuera capaz de justificar el carácter dilatorio para el acceso al mismo, minimizándose de tal suerte, la importancia a la complejidad patológica padecida por la tutelante, e inobservándose que se trata de un sujeto con padecimiento de una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer, que la reviste de especial protección constitucional, desconociéndose de contera el carácter vinculante del que goza el dictamen proferido por el médico cognoscente de las condiciones fisiológicas de los organismos de sus pacientes.

¹⁷ Folios 100 a 104 del expediente.

¹⁸ Sentencia T-745/13

En tal sentido, respecto a la idoneidad que reviste el concepto del médico tratante, sea oportuno retomar lo manifestado por el alto Tribunal Constitucional en la jurisprudencia arriba referenciada:

“En el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el médico tratante, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad. Específicamente, el concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica, (ii) cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y (iii) cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología. La jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una EPS cuando ésta ha admitido a dicho profesional como “médico tratante”. Concretamente, se deduce que el médico tratante, es el galeno idóneo para proveer las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la contravirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité Científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista”¹⁹

Ahora bien, respecto a lo pretendido por la accionante, en cuanto a que se ordene a la NUEVA EPS direccionar su procedimiento médico requerido al Instituto Nacional de Cancerología en la ciudad de Bogotá, al Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín, o a la Clínica Foscal en la ciudad de Bucaramanga, rememora la Sala a la parte accionante que dicha pretensión queda condicionada al hecho que tales IPS se encuentren adscritas a la red de prestadores de la NUEVA EPS, de no ser así, tendría que acogerse a la respectiva institución médica que tenga suscrito convenio con la Entidad Promotora de Salud accionada.

Así las cosas, colige la Sala que de lo argumentado en el libelo de impugnación por la entidad accionada, se devela una actitud dilatoria que a lo que conduce es a agravar y deteriorar la salud de la actora ante la imposibilidad de superar los quebrantamientos que le aquejan, echándose de menos que de la información contenida en las documentales que acompañan al escrito de tutela, se trata de una afiliada al régimen subsidiado de la NUEVA EPS, lo que permite inferir su carencia de recursos económicos para asumir por cuenta propia las exigencias deprecadas en el amparo invocado, condición económica que no fue rebatida por la accionada en el libelo.

Visto lo anterior, pertinente aparece a esta Colegiatura manifestar, que en el caso bajo examen la decisión impartida el pasado 27 de enero de 2020, por parte del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, debe ser confirmada.

De otra parte, frente a la pretensión subsidiaria incoada por la apoderada judicial de la entidad accionada, consistente a que se le ordene a la Secretaría Departamental de Salud del Cesar, cancelar a la NUEVA EPS el 100 % del costo

¹⁹ Sentencia T-745/13

de los servicios de salud que no estuvieran incluidos en el Plan de Beneficios, y que le fueran suministrados a la usuaria, no se accede a dicha pretensión, por cuanto estima esta Corporación que tales procedimientos administrativos escapan de la esfera de competencia del juez de tutela, por ser netamente internos de cada dependencia, dejando a la voluntad de la NUEVA EPS la realización de todos los trámites para la consecución del fin perseguido.

DECISIÓN

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha 27 de enero de 2020, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por las razones anotadas en la parte motiva.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos indicados en el inciso segundo del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Cópiese, notifíquese a las partes o intervinientes por el medio más expedito y eficaz, personalmente, vía fax, por telegrama o correo electrónico y envíese copia de esta decisión al Juzgado de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de decisión, efectuada el día 9 de marzo de 2020. Acta No 037.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
Magistrado

CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado

DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada