



Floridablanca, ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022)

TUTELA

RADICADO: 2022-00061
ACCIONANTE: MILENA PAOLA VARGAS
AGENCIADO: JOEL MATIAS SUAREZ VARGAS
ACCIONADOS: NUEVA EPS - y otra
ASUNTO: SENTENCIA DE TUTELA

ASUNTO

Se resuelve la acción de tutela interpuesta por la señora MILENA PAOLA VARGAS como agente oficiosa de su menor hijo JOEL MATIAS SUAREZ VARGAS, contra la NUEVA EPS, trámite al que se vinculó de manera oficiosa a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD “ADRES”, ante la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

ANTECEDENTES

1.- La señora Milena Paola Vargas, como agente oficiosa de su menor hijo Joel Matías Suarez Vargas, expuso que este último cuenta con dos años de edad, se encuentra afiliado en el régimen contributivo de salud en calidad de beneficiario a través de la NUEVA EPS y, el médico tratante le diagnosticó ictericia neonatal, parálisis cerebral discinética kernicterus, convulsiones de recién nacido, hipoacusia neurosensorial bilateral profunda, hiperintensidades simétricas, por lo que le prescribió terapias fono auditiva, física y ocupacional de manera permanente tres veces a la semana en la IPS ubicada en la carrera 36 N°46 – 123 del barrio Cabecera de Bucaramanga. Así mismo, el especialista otorrinolaringólogo tratante en consulta del 20 de enero de la presente anualidad le ordenó valoración urgente por otología pediátrica, no obstante, la EPS no la programó.

Afirmó que no labora puesto que se dedica al cuidado de su menor hijo Joel Matías y de su otro hijo menor de 7 años de edad, por lo tanto, dependen del salario de su esposo, quien trabaja en la empresa AVIDESA MAC POLLO S.A., como operario en la planta procesos y devenga devengando un salario de \$1.207.000, con los cuales debe asumir el pago de arriendo por el inmueble ubicado en la carrera 8AE N°27 – 88 Barrio la Cumbre de Floridablanca, los servicios públicos y demás necesidades básicas del núcleo familiar.

En razón a su situación económica precaria, la posibilidad de asumir los copagos y cuotas moderadoras que se generan para acceder a las terapias que requiere la salud de su menor hijo Joel Matías y el transporte del él y un acompañante para recibir la atención médica,



resulta inviable; motivos suficientes para deprecar el amparo de los derechos del infante y, por ende, se ordene tanto la valoración médica referida como la exoneración de copagos, cuotas de recuperación o valores que se generen por la atención que requiera, así como el servicio de transporte a fin de recibir los servicios de salud y, por último, el tratamiento integral.

2.- Una vez se avocó conocimiento se vinculó al trámite tutelar al representante legal de NUEVA EPS y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud “ADRES”, quienes manifestaron lo siguiente:

2.1. El apoderado especial de la NUEVA EPS informó que – en efecto – el agenciado se encuentra activo en el SGSS en salud del régimen contributivo en calidad de beneficiario a través de la entidad que representa, por lo cual le brindan todos los servicios médicos requeridos conforme a las prescripciones médicas, dentro de la competencia y garantía del servicio de acuerdo a la red contratada para cada especialidad, siempre que la prestación se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normativa que para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad social en salud que impartió el Estado colombiano.

En lo que respecta al servicio de transporte pretendido por la accionante no se observa radicación en el sistema de salud y mucho menos orden médica de galeno adscrito a la red de esa entidad y tal servicio se encuentra fuera del plan de beneficios de salud y solo procede en casos que el paciente dependa totalmente de un tercero para su movilización y que su familia no cuente con los recursos económicos para cubrirlo.

Respecto a los copagos estos deben aplicarse a todos los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de salud, además, corresponden a los recursos parafiscales que no le pertenecen a la EPS y que tienen como fin cofinanciar el sistema para los afiliados sin capacidad de pago, el exonerar a quien tiene capacidad para pagarlos, afecta el equilibrio del sistema, especialmente el acceso de aquellas personas que necesitan del subsidio de la sociedad para su cobertura de beneficios en salud.

Finalmente, indicó que en cuanto al tratamiento integral no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares, por lo que solicitó de manera principal que se deniegue por improcedente la acción de tutela, pues no existió vulneración alguna de derechos fundamentales reclamados, no obstante, de forma subsidiaria rogó que, en el evento en que



se rechace su pretensión inicial, se disponga el recobro de los gastos que se encuentren por fuera del Plan de beneficios de salud ante el ADRES.

2.2- Por su parte, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud “ADRES” a quien se le notificó lo correspondiente, guardó silencio dentro del término legal otorgado.

CONSIDERACIONES

3.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y célere para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, el cual se caracteriza por ser un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, de ahí que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, o cuando sea utilizado como herramienta transitoria para evitar la configuración de un perjuicio de carácter irremediable.

4.- Atendiendo a lo consignado en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1º del art. 1º del Decreto 1983 de 2017, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, toda vez que está dirigida contra una Entidad Promotora de Salud, a saber, NUEVA EPS.

5.- Conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, por lo tanto, la señora Milena Paola Vargas, está facultada para interponerla como agente oficiosa de su menor hijo, quien en atención a su minoría de edad no se encuentra en capacidad de acudir de manera directa.

6.- En el presente evento, son **dos los problemas jurídicos principales**, de un lado, se restringen a determinar si la NUEVA EPS vulneró el derecho a la salud del menor agenciado al no autorizar y materializar la valoración por la especialidad de Otorlogía ordenada por el otorrinolaringólogo tratante desde el 20 de enero de 2022.

Desde ya se advierte que la **respuesta a este primer problema jurídico principal** deviene afirmativa, pues siendo deber de la EPS prestar la atención médica que requieren los usuarios del servicio de salud que están afiliados a dicha entidad, se sustrajo de la misma quebrantando el derecho fundamental reclamado, sin que pueda anteponerse el trámite administrativo por encima de la garantía en mención.



Como segundo **problema jurídico principal** debe plantearse si la negativa de NUEVA EPS en exonerar al menor Joel Matías Suarez Vargas de la cancelación de copagos o cuotas moderadoras y asumir el costo del servicio de transporte de él y un acompañante desde su domicilio ubicado en Floridablanca a la IPS ubicada en la carrera 36 N°46 – 123 del barrio Cabecera de Bucaramanga a fin de recibir el tratamiento de terapias fono auditiva, física y ocupacional tres veces a la semana, prescrito por los galenos tratantes, sin tener en cuenta que se trata de un menor de dos años y su estado de pobreza, impide su acceso al tratamiento médico que requiere y, de contera vulnera su derecho a la salud.

La **respuesta a este segundo problema jurídico** surge también afirmativa, pues está en pugna el derecho fundamental a la salud y la vida en condiciones dignas de un menor de edad que ostenta la condición de sujeto de especial protección desde una doble connotación, de un lado, su minoría de edad y, de otro, su especial estado de salud, por lo que priman aquellas garantías sobre la actual exigencia administrativa, además es claro que el menor agenciado se encuentra en una evidente condición de dependencia, adicionalmente, debe decirse que le asiste razón a la accionante de quien se presume su buena fe y dado que si lo que se discute es la capacidad económica la carga de la prueba se invierte y le correspondía a la EPS acreditarla, lo cual no hizo de forma suficiente.

Como **problema jurídico asociado** debe determinarse si resulta necesaria la concesión del tratamiento integral para las patologías que afronta el afectado

La **respuesta** al este **interrogante** emerge negativa, pues la insular falencia no puede catalogarse como suficiente para el decreto del tratamiento integral.

6.1. **Premisas de orden jurídico** sobre las cuales se soportan las afirmaciones anteriores.

6.1.1. Carácter autónomo del derecho a la salud.

En la actualidad, se predica la naturaleza fundamental del derecho a la salud, lo cual - sin duda - indica que ante su vulneración o puesta en peligro la protección podría implorarse – de forma independiente y autónoma - a través de la acción de tutela, sin que se supedita a la violación de otro derecho fundamental. Al respecto el máximo Tribunal Constitucional señaló que:

“...Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización



de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud...”¹

Así mismo, la H. Corte Constitucional pacíficamente ha discernido respecto del derecho fundamental a la salud lo siguiente:

“...la Ley 1751 de 2015^[2] reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible. En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela...”²

6.1.2. Específicamente, acerca del derecho a la salud en los niños, como sujetos de especial protección. Al respecto la Corte Constitucional refirió lo siguiente.

“...Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47) la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión (como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores) son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales...”³

6.1.3. Con respecto al transporte de pacientes para atención médica, el Alto Tribunal, aseguró que:

“Este desplazamiento se adecúa a lo previsto en el artículo 121 de la Resolución 5269 de 2017, ya que, como se estableció, el transporte debe ser costeadado por la EPS en los casos en que los pacientes requieran un servicio incluido en el PBS que no se encuentra en el domicilio del paciente, servicio que se cubre por la prima adicional por dispersión geográfica o, en los casos en que no se reconozca este

¹ Sentencia T-700 de 2009, M.P. Humberto A. Sierra Porto.

² Sentencia T-062 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

³ Sentencia T 193-2013 M.P. Alexei Julio Estrada



concepto, por la UPC general ya que es responsabilidad directa de la entidad velar porque se garantice la asistencia médica”.⁴

En el mismo sentido, en sentencia T-206 de febrero 28 de 2008, M. P Clara Inés Vargas Hernández, puntualizó:

“...La jurisprudencia constitucional se ha detenido en señalar los elementos que deberán observarse para establecer, bajo qué circunstancias, el servicio de transporte, en principio a cargo del paciente o de sus familiares más cercanos, pueden ser asumidos por las entidades administradoras del régimen de salud. En virtud de lo anterior esa responsabilidad es trasladada a las entidades promotoras únicamente en los eventos concretos donde se acredite⁶ (i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona; (ii) que el paciente y sus familiares cercanos no cuenten con los recursos económicos para atenderlos, y (iii) que de no efectuarse la remisión, se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del afectado⁷.....En consecuencia, cuando deba prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente; el paciente ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes”.

6.1.4. En relación a la manifestación de la accionante de no contar con recursos económicos para sufragar los costos que conlleva la enfermedad que padece la menor, la H. Corte Constitucional ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación civil referido a que:

“...incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario. Consecuentemente, cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza, y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico, debido a su imposibilidad económica para la no realización de dichos procedimientos. De acuerdo a lo expuesto, se debe presumir la buena fe de la madre del menor, respecto a la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos que conlleva la enfermedad que padece el menor. En este orden de ideas, le corresponde a la entidad accionada, de acuerdo con la jurisprudencia de ésta corporación, controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga por acreditada dicha incapacidad”.⁵

⁴ Sentencia T-309/18

⁵ Sentencia T-225/07 M.P. Clara Inés Vargas Hernández



Por otra parte, en pronunciamientos recientes estableció unas reglas básicas para establecer en qué casos hay lugar a eximir al usuario de la cancelación de dichos rubros, así:

“... Al respecto dispuso que procederá esa exoneración **(i)** cuando la persona que necesita con urgencia^[38] un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a este, asumiendo el 100% del valor^[39] y **(ii)** cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio...”. “...En este orden de ideas, de conformidad con lo indicado, se tiene que la exigencia reglamentaria de reclamar el pago de cuotas moderadoras y/o copagos no es contraria a la Constitución pues, a través de ellos se busca obtener una contribución económica al Sistema en razón a los servicios prestados. Sin embargo, aquél no podrá exigirse cuando de su aplicación surja la vulneración a un derecho fundamental...”⁶.

En la misma decisión, como reglas probatorias específicas para establecer la capacidad económica de quien aduce no tenerla, precisó la Alta Corporación, lo siguiente:

“...De este modo, de presentarse una acción de tutela, las EPS deben aportar la información al juez de amparo constitucional, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el POS o frente a los cuales se alegue la imposibilidad de asumir el valor de los pagos moderadores. Se trata de una presunción que puede ser desvirtuada con la información que sea aportada al proceso. En caso de no hacerlo, el operador judicial, debe presumir la buena fe de toda persona, por lo que debe suponer la veracidad de los reclamos que exponen los ciudadanos respecto a cuál es su situación económica. Las reglas aplicables han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: **a.** 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.^[43] 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. **b.** Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante,^[44] pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T 597 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



condición no haya sido controvertida por el demandado. [45] Asimismo, en este escenario es necesario que el juez de tutela revise el valor y periodicidad de los copagos y de las cuotas moderadoras, en aras de establecer cuan gravosa es la erogación económica en atención a los ingresos del accionante...⁷. (Subrayado fuera de texto).

6.1.6. En lo que tiene que ver el problema jurídico asociado, encaminado al reconocimiento del tratamiento integral, debe señalarse acerca de dicho instituto que 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”⁸. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”⁹.

De manera precisa, la H. Corte Constitucional ha discernido lo siguiente:

“...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. Al respecto, la Corte ha señalado que: “(...) el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.”... (...).... Ahora bien, la Corte ha identificado que existen ciertos eventos en los que no se logra evidenciar con claridad que el tratamiento solicitado por el paciente relacionado con la atención integral, provenga de una orden médica o siquiera se acredite concepto o criterio del galeno, por tanto, sostiene que, en estos casos, el juez constitucional al conceder el amparo, debe ajustarse a precisos presupuestos, que le permitan determinar con claridad la orden que se pretende dictar, a saber:“(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable”...” (Negritas y subraya fuera de texto).

6.2. Premisas de orden fáctico

Ahora bien, se encuentra probado dentro del presente trámite constitucional porque obran elementos de juicio que así lo acreditan o no fue objeto de discusión entre las partes, lo siguiente:

⁷ Ídem

⁸ Entre otras, las sentencias T-872 de 2012 y T-395 de 2015.

⁹ Sentencia T-611 de 2014.



- i) El menor JMSV de 2 años de edad se encuentra afiliado al régimen contributivo de salud en calidad de beneficiario a través de la NUEVA EPS;
- ii) Conforme se establece de la historia clínica allegada al expediente, el menor fue valorado el 16 de febrero de 2022 por el especialista tratante en neurología, quien le diagnosticó ictericia neonatal, parálisis cerebral discinética kernicterus, convulsiones de recién nacido, hipoacusia neurosensorial bilateral profunda, hiperintensidades simétricas, por lo que le ordenó terapias fono auditiva, física y ocupacional de manera permanente tres veces a la semana en la clínica ubicada en la carrera 36 N°46 – 123 barrio Cabecera de Bucaramanga;
- iii) La accionante afirmó que su núcleo familiar lo integran sus dos hijos y su esposo, de quien dependen, pues ella no labora puesto que tuvo que dedicarse a la crianza y cuidado de sus descendientes; del salario de su esposo equivalente a \$1.207.000 deben cubrir los pagos de arriendo por el inmueble ubicado en la carrera 8AE N°27 – 88 barrio la Cumbre del municipio de Floridablanca donde residen, los servicios públicos y las necesidades básicas del núcleo familiar,
- iv) Las terapias referidas son tres días a la semana, el menor de menos de dos años de edad no puede trasladarse sólo por lo que el gasto del rubro del transporte adicional a los copagos, cuotas moderadoras y de recuperación permanentes para la asistencia a las citas, desequilibra su situación financiera, la cual de por sí resulta precaria; adjuntó la certificación expedida por la empresa AVIDESA MAC POLLO S.A. respecto del trabajo de su esposo y salario, así como el registro civil del otro menor hijo;
- v) Igualmente se establece de la historia clínica aportada que el menor fue valorado el 20 de enero de 2022 por el especialista otorrinolaringólogo, quien le ordenó valoración con la especialidad de otología, no obstante, aún no se ha materializado.

7.- **Conclusiones.** Al contrastar las premisas de orden fáctico con las glosas legales y jurisprudenciales, se logró dilucidar lo siguiente:

7.1. En el presente evento, es claro que existe una trasgresión del derecho a salud puesto que el menor afectado no ha recibido la atención médica oportuna adecuada pese a sus quebrantos y la orden del especialista otorrinolaringólogo tratante desde el 20 de enero de la presente anualidad para que sea valorado por la especialidad de otología, emerge como letra muerta para la entidad accionada, la antepone ante una problemática netamente administrativa sobre un derecho fundamental.



Inexcusable resulta la actitud asumida, pues es una obligación de la entidad demandada prestar los servicios de salud que requiera el afiliado, máxime si no se evidencia que se encuentren por fuera del POS hoy Plan de beneficios en Salud, a lo que se suma que no media explicación alguna o razón atendible que soporte esa omisión, que la justifique o haga entendible el actuar negligente y despreocupado, pese a que la valoración por la especialidad de otología se requiere con urgencia conforme lo plasma el especialista.

7.2. Por otra parte, la EPS se niega a la exoneración de copagos o cuotas de moderación y asumir el costo del transporte del menor y un acompañante para asistir al tratamiento de terapias ordenadas por el especialista tratante, pues considera que la familia del menor usuario cuenta con los medios para asumir tales gastos dada su afiliación al régimen contributivo. A su turno, la accionante insiste en que actualmente no cuenta con los recursos económicos para asumirlos, por lo que el tratamiento de su hijo se encuentra en riesgo.

7.2.1. Cómo en el acápite de argumentos jurídicos se dejó plasmado, el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá acreditar en contrario. En todo caso, la máxima siempre será que, si una persona se encuentra en condiciones de pobreza y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico.

7.2.2. En ese mismo sentido, quedó por sentado que si el usuario del servicio de salud necesita con urgencia un servicio médico y carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores y el transporte, en este caso del menor y un acompañante en cuanto a la cantidad de terapias que requiere, conforme lo prescribió el especialista tratante, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor.

7.2.3. De la misma manera, se adujo que, ante la ausencia de otros medios probatorios, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario del menor, su condición de sujeto de especial protección y, los menguados ingresos mensuales, que devenga su padre resultan inferiores a las necesidades básicas de su núcleo familiar, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado, lo cual sucedió en el presente caso, pues nada se aportó en contraposición.



7.2.4. No falta un análisis arduo para entender que si el núcleo familiar conformado por 4 personas, entre ellas dos menores de edad (uno de ellos, desde su doble connotación de sujeto de especial protección por su edad y sus quebrantos de salud), solventa su vivencia (arriendo servicios, manutención, educación, entretenimiento, etc.) con una suma de \$1.207.000, lo cual recibe el padre como operario de la empresa AVIDESA MAC POLLO S.A., según documento adjunto, imponer una carga adicional, que consiste en que se asuman los gastos de transporte de un municipio a otro, para menor y un acompañante, 3 veces por semana de forma indefinida junto a los copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, como requisito para acceder a la atención médica en salud, resulta a todas luces desproporcionado y termina por limitar el derecho.

7.3. Lo anterior, máxime si la afirmación de la accionante respecto a que carece de los recursos para solventar los copagos, cuotas moderadoras, de recuperación y los gastos de transporte que se generaran por la prestación del servicio de salud de su menor hijo con respecto a la enfermedad que padece, no fue discutida por la EPS, pese a que sobre la misma se invirtió la carga de la prueba.

7.4. La afirmación de la accionante está amparada por el principio de la buena fe, pero además ante la ausencia de otros medios probatorios, del plenario puede resaltarse que si bien es cierto el menor se encuentra afiliado al régimen contributivo, lo cierto es que conforme a su diagnóstico de ictericia neonatal, parálisis cerebral discinética kernicterus, convulsiones de recién nacido, hipoacusia neurosensorial bilateral profunda, hiperintensidades simétricas, requiere de una gran cantidad de terapias a saber: fono auditiva, física y ocupacional de manera permanente tres veces a la semana conforme lo prescribió el especialista tratante, las cuales se le deben practicar en la clínica ubicada en Bucaramanga.

7.5. Es evidente que los copagos y cuotas moderadoras son exigencias contempladas en la reglamentación que rige las entidades promotoras de salud, no obstante, conforme a los precedentes constitucionales el derecho fundamental a la salud del menor debe primar sobre la obligación del cubrimiento de estos factores económicos por la acreditada imposibilidad material de hacerlo.

7.6. Por supuesto en principio resulta válido afirmar que la afiliación al régimen contributivo es un elemento de juicio que permite afirmar que la accionante y su grupo familiar cuentan con capacidad económica, de lo contrario, formarían parte del régimen subsidiado; sin embargo, es precisamente esa afirmación la que intenta desvirtuar la accionante, dado que los ingresos mensuales de su esposo del cual depende todo su núcleo familiar es inferior a lo que debe gastar en arriendo, alimentación, estudio y educación de sus hijos, a lo que se



suma que debe asumir los costos de las terapias del niño afectado las cuales son diarias, monto que por supuesto sobrepasa sus posibilidades.

Es por eso que, la excepción a la regla de la exoneración estimada legalmente para los usuarios del régimen subsidiado, cobra relevancia en este caso, y debe extenderse de forma excepcional respecto del servicio específico que la accionante expone que desequilibra la balanza financiera de su núcleo familiar, de lo contrario el tratamiento médico para el sujeto de especial protección constitucional se vería afectado y, de contera, su salud y vida en condiciones dignas, máxime si la afirmación impregnada del principio de la buena fe que extendió la accionante respecto de su condición económica y sus obligaciones, sobre la cual operó la regla de inversión de la carga de la prueba no fue desvirtuada por la EPS accionada.

7.7. Entonces, sin mayores elucubraciones es fácil concluir que se está vulnerando el derecho fundamental reclamado y la tutela emerge como la única vía de protección confiable; así las cosas, se amparará la garantía fundamental y, en consecuencia, se ordenará al representante legal de la NUEVA EPS - o quien haga sus veces - que dentro del término de cuarenta ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente decisión – si aún no lo ha hecho –autorice y materialice en favor del menor Joel Matías Suarez Vargas, la valoración por la especialidad de Otorlogía -, conforme a la prescripción del especialista otorrinolaringólogo tratante desde el 20 de enero de 2022.

Igualmente se ordenara al representante legal de la NUEVA EPS, que dentro del mismo término – si aún no lo ha hecho – asuma en un 100% el pago de los copagos, cuotas moderadoras, de recuperación y, el servicio de transporte del menor Joel Matías Suarez Vargas y un acompañante, los cuales estarán limitado exclusivamente al servicio de las terapia, a saber: fono auditiva, física y ocupacional de manera permanente tres veces a la semana conforme lo prescribió el especialista tratante, el servicio del trasporte lo deberá prestar desde el lugar del domicilio del menor a la IPS ubicada en la carrera 36 N°46 – 123 Cabecera de Bucaramanga y regreso a su domicilio.

En cuanto a los demás servicios de salud que requiera el menor el pago de los copagos, cuotas moderadoras, de recuperación y los gastos de transporte que se generarán por la prestación del servicio de salud, deberán seguir siendo asumidos por cuenta su familia.

7.8. Respecto del tratamiento integral implorado debe señalarse que, si bien se trata de un menor de tan solo dos años de edad en una especial condición de salud, lo que en principio posibilitaría en mayor medida la concesión de lo implorado con la finalidad de evitar el



advenimiento de nuevos trámites constitucionales, lo cierto es que la EPS, ha generado las autorizaciones de los servicios médicos relacionados con la patología en estudio.

Lo anterior quiere decir que no existen en la actualidad órdenes médicas adicionales relacionadas con tratamientos, exámenes, medicamentos pendientes, lo que sugiere que se trata de una falencia por parte de la EPS, pues no se tiene conocimiento de ninguna otra queja respecto de incumplimientos por servicios médicos prescritos. Así las cosas, no se darán órdenes futuras e inciertas pues no existe tratamiento médico en trámite que deba respaldarse con orden constitucional.

Por lo tanto, la solicitud de tratamiento integral sólo puede calificarse como genérica y carente de elemento demostrativo o jurídico alguno, siendo obligación de la accionante ilustrar al juez constitucional sobre el sistemático actuar desviado por parte de la entidad accionada lo cual no fue probado; además la concesión del tratamiento integral no opera de forma automática por el simple hecho de considerarse vulnerado o puesto en peligro el derecho fundamental a la salud, ya que - como se pudo observar – debe subsumirse el supuesto de hecho a los requisitos contemplados para su procedencia, lo que en este caso no se encuentra demostrado.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA– en tutela -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **TUTELAR** el derecho fundamental a la salud del menor JOEL MATIAS SUAREZ VARGAS identificado con el Registro Civil 1234341945 conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: **ORDENAR** al Representante Legal de la NUEVA EPS - o quien haga sus veces - que dentro del término de cuarenta ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente decisión – si aún no lo ha hecho –autorice y materialice en favor del menor Joel Matías Suarez Vargas, la valoración por la especialidad de Otología -, conforme a la prescripción del especialista otorrinolaringólogo tratante desde el 20 de enero de 2022. So pena de incurrir en desacato de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.



TERCERO: **ORDENAR** al Representante Legal de la NUEVA EPS – o quien haga sus veces - que dentro del término de cuarenta ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente decisión – si aún no lo ha hecho – asuma en un 100% el pago de los copagos, cuotas moderadoras, de recuperación y, del servicio de transporte del menor Joel Matías Suarez Vargas y un acompañante, los cuales estarán limitados exclusivamente al servicio de las terapia, a saber: fono auditiva, física y ocupacional de manera permanente tres veces a la semana conforme lo prescribió el especialista tratante, el servicio del transporte lo deberá prestar desde el lugar del domicilio del menor a la IPS ubicada en la carrera 36 N°46 – 123 Cabecera de Bucaramanga donde se le practicarán las terapias y regreso a su domicilio. So pena de incurrir en desacato de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. En cuanto a los demás servicios de salud que requiera el menor el pago de los copagos, cuotas moderadoras, de recuperación y los gastos de transporte que se generarán por la prestación del servicio de salud, deberán seguir siendo asumidos por cuenta su familia.

CUARTO: **DENEGAR** la solicitud de tratamiento integral por las razones expuestas en antecedencia.

QUINTO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

El Juez,


GABRIEL ANDRÉS MORENO CASTAÑEDA