

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA**

**ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente**

Aprobado mediante Acta de Sala No.0499

| | |
|---------------------|--|
| Proceso: | ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA |
| Radicación: | 810013107001-20220009001 Enlace Link |
| Accionante: | Deisi Tatiana Cuellar Brito |
| Agenciado: | M.A.C. |
| Accionado: | NUEVA E.P.S. |
| Derechos invocados: | Derecho a la vida y de los niños y niñas. |
| Asunto: | Sentencia |

Sent.0127

Arauca (A), veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

1. Objeto de la decisión.

Resolver la impugnación presentada por la señora DEISI TATIANA CUELLAR BRITO contra la decisión proferida el 13 de septiembre de 2022 por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ARAUCA¹.

2. Antecedentes.

2.1. Del escrito de tutela².

La señora DEISI TATIANA CUELLAR BRITO, promueve acción de tutela por la presunta vulneración al derecho fundamental a la salud de su hija M.A.C de 13 años de edad, diagnosticada con “(H522) *Astigmatismo y (H500) Estrabismo concomitante convergente*”, afiliada en el régimen contributivo de la NUEVA E.P.S., quien negó suministrar los servicios complementarios de- *transporte, alojamiento y alimentación*- tanto para la menor como su acompañante, indispensables para trasladarse a la ciudad de Yopal- Casanare y asistir a consulta de “*Evaluación ortóptica en ambos ojos*” en la IPS Optisalud, programada para el día 07 de septiembre de 2022 a las 03:20 Pm; los cuales fueron solicitados

¹ Dr. Alfonso Verdugo Ballesteros- Juez.

² Presentada el 30 de agosto de 2022.

de maneta verbal en las instalaciones de la entidad. Afirma que los ingresos laborales no son suficientes para cubrir dichos emolumentos toda vez que, es madre cabeza de hogar y, debe sufragar gastos básicos del hogar, alimentación, estudios de la menor, vestuario y recreación.

Como medida provisional solicita ordenar a la demandada que proporcione los servicios complementarios a fin de asistir a la consulta especializada.

Pretensiones:

“Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, de manera respetuosa solicito al señor Juez TUTELAR a favor de mi hija menor de edad MARIANGEL ACOSTA CUELLAR, el derecho Constitucional al A LA SALUD, DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS; y demás derechos que considere el Despacho Judicial Constitucional.

De manera específica que se ordene a la NUEVA EPS, asumir los gastos de transporte en la ruta Arauca-Yopal-Arauca, según prescripción médica ya dada, en su calidad de paciente y de madre como acompañante, al igual que los gastos de alojamiento, alimentación y transporte que se requieran en la ciudad de Yopal, para cumplir la cita de consulta médica especializada de Ortopédica, que se le programó a mi hija menor para el próximo miércoles 7 de septiembre de 2022, a las 3:20 p.m., en la IPS Opti Salud, sede de la ciudad de Yopal; en lo posible que sea ASISTENCIA INTEGRAL EN SALUD, para esta enfermedad y su tratamiento, debido a que de esta cita médica, se pueden ordenar exámenes especializados, el tratamiento médico especializado a seguir, medicamentos; inclusive si se debe hospitalizar, remitir de nuevo a la ciudad de Yopal o a otra ciudad, exámenes de diagnóstico, medicamentos y cirugías, con su recuperación, equipos de rehabilitación y todo lo que se requiera para su cuidado, por estas condiciones físicas, derivadas de la enfermedad y su deterioro de la salud”. (Sic).

Adjunta:

- *Historia clínica emitida por OPTISALID, fechada el 11 de agosto del 2022.*
- *Documento de remisión, solicitud y autorización de servicios No. 957830 expedido por Optisalud el 11 de agosto de 2022, para “Evaluación Ortopédica en ambos ojos” en el edificio Medilink, ubicado en calle 13 # 29 – 41 Yopal (Casanare), con cita programada el 07 de septiembre de 2022 a las 03:20 Pm.*

2.3. Trámite procesal.

El JUZGADO PRIMERO PENAL ESPECIALIZADO DE ARAUCA admite la demanda³ y concede dos (2) días a la accionada para que rinda informe de conformidad con el artículo 19 del decreto 2591 de 1991. Niega la medida provisional porque “no se advierte la existencia de un riesgo

³ Auto del 31 de agosto de 2022.

inminente a su vida o integridad personal que amerite la intervención inmediata del Juez constitucional en procura de salvaguardar sus derechos fundamentales, máxime si se tiene en cuenta que, lo que aquí se solicita como medida provisional (suministro de gastos complementarios de traslado y estadía en la ciudad de remisión) constituye a su vez, la pretensión principal de la acción” (sic).

2.4. Respuestas.

Empresa Promotora de Salud NUEVA E.P.S. Informa que la menor M.A.C., afiliada en el régimen contributivo desde el 10 de agosto de 2021, quien derecho a los servicios médicos que sean prescritos dentro de la red prestadora y que estén incluidos en el Plan de Beneficios de Salud y, que los reclamados a través de esta acción constitucional se encuentran autorizados.

Que no es su responsabilidad suministrar transporte intermunicipal a la usuaria, porque su lugar de residencia - Arauca- Arauca-, no recibe UPC diferencial de acuerdo con la Resolución No. 2381 de 2021, no se encuentra incluido en el Plan Básico de Salud y no concurren los requisitos jurisprudenciales para autorizarlo; similar situación advierte respecto al servicio de transporte para el acompañante, el cual se aparta de las reglas jurisprudenciales para su suministro, tales como: *i) que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento; (ii) Requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.*

En cuanto al suministro de alimentación y alojamiento para el paciente y su acompañante, indica que, no obra prescripción que así lo determine y, es responsabilidad del usuario conforme a lo previsto la Ley 1438 de 2011, artículo 30 (...) 3.17. – CORRESPONSABILIDAD. – *“Toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración y colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio”.* Además, que, no concurren los criterios jurisprudenciales para concederlos de manera excepcional, como: *(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento; (ii) Requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.*

Respecto a la orden de atención integral, manifiesta que, es improcedente por cuanto no ha incurrido en un comportamiento omisivo, del que pueda derivarse la presunta vulneración de los derechos fundamentales; además, se fundamenta en suposiciones de

tratamientos médicos futuros e inciertos, de los cuales no hay certeza de su ocurrencia y podrían constituir servicios que no son competencia de la EPS.

Pide negar la acción y, en caso de concederse, solicita ordenar al ADRES reembolsar los gastos en que incurra al momento cumplir la orden tutelar,

2.5. Memorial de la accionante.

La señora CUELLAR BRITO, insiste en la medida provisional debido a la premura para asistir a la cita del 07 de septiembre de 2022 y que contrario a lo determinado por la primera instancia, la menor sí se encuentra ante un perjuicio irremediable en caso de perder la consulta especializada, pues cuenta con afectaciones visuales que deben ser tratadas y por lo tanto demanda una atención médica oportuna. Dice que cuenta con permiso laboral para acompañar a su hija a la cita y deberá entonces pedir dinero prestado para sufragar los respectivos gastos del traslado hacia la ciudad de Yopal.

2.6. Informe de la Oficial Mayor del despacho judicial.

“La suscrita Oficial Mayor del Despacho, se permite dejar constancia que, entabló comunicación con la accionante, señora DEISI TATIANA CUELLAR BRITO quien informó que devenga como salario mensual la suma de \$2.000.0000, que no cuenta con bienes de fortuna y, para que su hija no perdiera la cita ya programada, debió cubrir con recursos propios los gastos de traslado y estadía en la ciudad de remisión. Señaló igualmente que a su hija se le programó valoración de control en dos meses; como prueba de ello, remitió vía correo electrónico, copia de la epicrisis, donde se advierte que la cita de control quedó agendada para el 7 de noviembre de 2022”. (Sic).

2.7. Decisión de primera instancia⁴.

El JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ARAUCA negó el amparo solicitado al considerar que, si bien es cierto, es responsabilidad de las E.P.S. asumir los gastos de traslado a sus usuarios cuando la atención requerida no se brinda en su lugar de residencia; en el presente caso, la accionante no acreditó haber solicitado de manera formal el suministro de dichos emolumentos ante la NUEVA E.P.S., y que ésta los haya negado. Tampoco demostró de manera sumaria, que sus ingresos mensuales y los de su núcleo familiar son insuficientes para asumir los costos de los servicios complementarios pretendidos en la acción constitucional.

⁴ Sentencia proferida el 13 de septiembre de 2022.

Finalmente, previene a la NUEVA EPS para que cumpla con las reglas expuestas en la Sentencia SU- 508 de 2020 y la Sentencia T-122 de 2021, mediante las cuales la Corte ha reiterado que: *“el servicio de transporte intermunicipal para paciente ambulatorio no requiere prescripción médica, pues la autorización de un servicio incluido en el plan de beneficios vigente en una institución prestadora ubicada fuera del municipio o ciudad donde reside el usuario activa en cabeza de la EPS la obligación de asumir el servicio de transporte, dado que la ejecución del servicio de salud, que sigue a su prescripción y autorización, depende del acceso al transporte”* y, advierte que, la acción de tutela no puede convertirse en un trámite administrativo que los pacientes deban agotar para acceder a los servicios de salud.

2.8. La impugnación⁵.

La señora CUELLAR BRITO solicita revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar conceder el amparo solicitado. Manifiesta que, contrario a lo considerado por el *a quo*, sí solicitó los servicios complementarios ante la NUEVA E.P.S. pero lo hizo de manera verbal, teniendo en cuenta que se encontraba a tan solo cinco (5) días hábiles antes de la cita médica programada en la ciudad de Yopal y al radicar un derecho de petición, debía esperar un término de quince (15) días para obtener respuesta. Además, que según políticas de la E.P.S. dichas solicitudes deben efectuarse entre cinco (5) a ocho (8) días hábiles antes de las consultas programadas.

En cuanto a su situación económica, refiere que, debe cubrir los gastos básicos del hogar; por lo que, para cumplir con la cita, consiguió dinero prestado.

Aboga por la protección de los derechos fundamentales de su hija M.A.C. máxime en tratándose de una menor de 13 años de edad con un diagnóstico visual, quien debe asistir a una nueva cita de control programada para el mes de noviembre de 2022 en la IPS Optisalud ubicada en la ciudad de Yopal.

3. Consideraciones.

3.1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión controvertida.

⁵ Presentado el 19 de septiembre de 2022.

3.2. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

Legitimación en la causa por activa o por pasiva. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela puede ser promovida por cualquier persona que considere amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse para hacer uso de la agencia oficiosa, a saber: (i) *que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro;* (ii) *que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular) y* (iii) *que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.*⁶

Tratándose de menores de edad, cualquier persona puede presentar la acción de amparo su favor, es así que de antaño la sentencia T-462 de 1993 puntualizó que: *“Cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competente el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño, no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos, vgr. la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial”.*

Igualmente, la sentencia T-408 de 1995 indicó que: *“la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que cualquiera persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal”*⁷.

En este caso, la señora DEISI TATIANA CUELLAR BRITO, promueve el amparo a favor de su hija M.A.C. de 13 años de edad, por lo tanto, se encuentra legitimada por activa.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, también se cumple, en el entendido que, NUEVA E.P.S., es la encargada de prestar y garantizar los servicios de salud a la agenciada.

⁶ Ver sentencias T-294 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-526 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre muchas otras.

⁷ En ese sentido la Corte se pronunció en las sentencias T-482 de 2013, T-551 de 2014, T-270 de 2016, T-196 de 2018, entre otras.

Inmediatez. Se cumple el requisito de la inmediatez, ya que el médico tratante prescribió el servicio de salud el 11 de agosto de 2022 y la acción de tutela data el 30 de agosto de 2022; además que la cita médica objeto de esta acción constitucional, se encontraba programada el pasado 07 de septiembre.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional⁸, la Supersalud es competente para conocer, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de asuntos que abarcan, por un lado, aquellos relativos a la: “[c]obertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.”⁹ Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con: “[c]onflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le [sic] asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.”¹⁰

Ahora bien, la Corte ha encontrado que, por razones tanto normativas como prácticas, el mecanismo mencionado no resulta idóneo ni eficaz en muchos de los casos en que se acude a la acción de tutela para exigir la protección del derecho a la salud.¹¹ De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹² la Corte estableció, con base en la jurisprudencia sobre la materia, una serie de parámetros que el mecanismo jurisdiccional mencionado debe cumplir para consolidarse como un medio idóneo y eficaz de defensa y solicitó al Gobierno nacional que adoptara, implementara e hiciera público un plan de medidas para adecuar y optimizar su funcionamiento.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud¹³.

⁸ Sentencia T-122 de 2021.

⁹ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Para ver sistematizaciones recientes de los principales hallazgos de la Corte en este sentido, consultar las sentencias SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas; T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo; y SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

¹² Sentencia T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

¹³ Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estipula que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD posee facultades jurisdiccionales para dirimir los asuntos atinentes a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos o no en el P.B.S., con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

3.3. Problema jurídico.

Determinar si la NUEVA E.P.S., vulneró el derecho fundamental a la salud de la menor M.A.C. y, si tal comportamiento justifica el amparo del tratamiento integral.

3.4. Supuestos jurídicos.

3.4.1. De la naturaleza de la acción de tutela.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992¹⁴, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁵ señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

3.4.2. El derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas.¹⁶

El artículo 49 Superior dispone que la atención en salud es un servicio público y un derecho económico, social y cultural que el Estado debe garantizar a las personas. Ello implica asegurar el acceso a su promoción, protección y recuperación. Adicionalmente, el artículo 44 constitucional establece que “*son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)*” y prevé la prevalencia de estos frente a los derechos de los demás.

Esta disposición constitucional es concordante con lo establecido en tratados internacionales suscritos por Colombia, como es el caso de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹⁷. Este

¹⁴ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹⁵ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

¹⁶ T- 513 de 2020.

¹⁷ Adoptado en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

instrumento obliga al Estado a asegurar la atención en salud a los menores de edad con estándares de calidad, al hacer referencia al *más alto nivel posible* y de accesibilidad, indicando que deben adelantarse esfuerzos para asegurar que no se prive el goce de estos servicios a los menores¹⁸.

A nivel legal, el artículo 27 del Código de Infancia y Adolescencia establece que *“todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”*. Igualmente, este código contiene un mandato específico sobre la atención en salud para los menores en situación de discapacidad, previendo su artículo 36 que *“los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. Así mismo: (...) A la habilitación y rehabilitación, para eliminar o disminuir las limitaciones en las actividades de la vida diaria”*.

En el mismo sentido la Ley 1751 de 2015¹⁹ reitera la prevalencia del derecho fundamental a la salud de los menores de edad y se dispone su atención integral, ordenando al Estado implementar las medidas necesarias para ello, las cuales deben adoptarse de acuerdo con los diferentes ciclos vitales²⁰. Además, por medio de esta ley también se determinó que la atención en salud de los niños, niñas y adolescentes no puede estar limitada bajo ninguna restricción administrativa o económica.

La Corte Constitucional ha establecido el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y las niñas. En este sentido sostuvo la Corte en sentencia SU-225 de 1998 que *“[d]el artículo 44 se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales”*. Según la Corte *“[p]or esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son*

¹⁸ Artículo 24.1: *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”*. En el caso de los niños y niñas, la importancia de esta disposición internacional tiene aplicación directa en los procesos judiciales o administrativos que involucran menores, pues la Ley 1008 de 2006 otorgó competencias a diferentes actores institucionales para conocer y tramitar asuntos que *“sean materia de Tratados y Convenios Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconozcan principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias”*¹⁸. Adicionalmente, el artículo 6° del Código de Infancia y Adolescencia establece que la Convención hace parte integral de su normativa

¹⁹ Ley Estatutaria de Salud.

²⁰ Ley 1751 de 2015. Artículo 6°. *“f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años”*

derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares”. Advirtió además que “[s]e trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela”.

El derecho a la salud de los niños y niñas adquiere una protección adicional en la Ley Estatutaria de Salud. La Corte sostuvo en sentencia C-313 de 2014 que *“El artículo 44 de la Carta, en su inciso último, consagra la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Este predominio se justifica, entre otras razones, por la imposibilidad para estos sujetos de participar en el debate democrático, dado que sus derechos políticos requieren para su habilitación de la mayoría de edad. Esta consideración de los derechos del niño, igualmente encuentra asidero en el principio rector del interés superior del niño, el cual, ha sido reconocido en la Convención de los derechos del niño, cuyo artículo 3, en su párrafo 1, preceptúa que en todas las medidas concernientes a los niños, se debe atender el interés superior de estos (...)”.*

En este sentido, cualquier consideración en lo referente a la atención en salud de los niños y niñas debe verse determinada por la fundamentalidad de su derecho, la prevalencia de este sobre los derechos de los demás y la amplia jurisprudencia de la Corte en la materia encaminada a reconocer la protección reforzada de los menores de edad en lo referente a la satisfacción de sus derechos.

3.5. Caso concreto.

Se trata de la menor M.A.C,- 13 años de edad- diagnosticada con *“(H522) Astigmatismo y (H500) Estrabismo concomitante convergente”*, a quien la NUEVA E.P.S. negó suministrar los servicios complementarios de *– (transporte intermunicipal y urbano), alojamiento y alimentación para la paciente y un acompañante –*, tanto para ella como su acompañante, necesarios para asistir a la consulta de *- evaluación ortoptica en ambos ojos”*, en Optisalud, Yopal (Casanare); y adicionalmente, garantice atención integral en salud. La madre de niña, quien acude a este mecanismo excepcional en procura de los derechos fundamentales de su hija, aduce que sus ingresos no son suficientes para sufragar dichos gastos. La primera instancia negó el amparo solicitado debido a que la accionante no demostró haber solicitado dichos emolumentos ante la NUEVA E.P.S. y que esta los hubiera negado y, tampoco probó la carencia de recursos económicos.

Por su parte, la señora CUELLAR BRITO, asegura que la solicitud de servicios la realizó de manera verbal en las instalaciones de la E.P.S. cinco (5) días hábiles antes de la cita programada teniendo en cuenta

que, radicar por escrito la solicitud, conllevaba una espera de quince (15) días hábiles y, que asistió a la consulta, pero sufragó los gastos con dinero prestado. Por ende, pide revocar la sentencia de primera instancia y conceder el amparo.

Contrastados los fundamentos fácticos con los medios probatorios allegados al trámite tutelar se logra constatar lo siguiente: **(i)**. La agenciada se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, a través de la Nueva E.P.S. **(ii)**. La menor reside en el municipio de Arauca y debido al diagnóstico de “*astigmatismo y estrabismo concomitante convergente*” requiere asistir a consulta de –*evaluación ortoptica en ambos ojos* – en la ciudad de Yopal. **(iii)**. La cita fue programada por la IPS Optisalud para el día 07 de septiembre de 2022, a las 3:20 pm. **(iii)**. La accionante manifiesta que se acercó a las instalaciones de la Nueva E.P.S. para consultar por el suministro de los servicios complementarios y la funcionaria de turno respondió que no es obligación de la EPS proporcionarlos y, que corresponde a los usuarios asumirlos por cuenta propia. **(iv)**. En la impugnación, la accionante informa que asistieron a la consulta programada el 07 de septiembre de 2022, pero que requiere los servicios complementarios para asistir a una nueva cita en el mes de noviembre de la presente anualidad, ya que su salario no alcanza para costear los gastos que implican dichas remisiones.

Bajo este marco conceptual, preliminarmente ha de indicarse que como la accionante asistió con su hija a la cita médica el pasado 07 de septiembre y asumió los gastos de traslado con su propio peculio, se configura la carencia actual del objeto por situación sobreviniente. Al respecto la Corte Constitucional ha establecido que: “*la carencia actual de objeto por situación sobreviniente tiene lugar cuando la vulneración alegada cesa y por lo tanto la protección solicitada no es necesaria como resultado de que el accionante asumió la carga que no le correspondía, o porque se presentó una nueva situación que hace innecesario conceder el derecho. En este escenario, a diferencia del hecho superado, la presunta vulneración de los derechos no cesa por una actuación desplegada por la entidad accionada, sino por circunstancias ajenas a su voluntad*”.²¹ (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, lo anterior no exime el análisis de fondo del mecanismo constitucional, es por ello, que corresponde al Juez Constitucional revisar los criterios jurisprudenciales sujetos al suministro de los servicios de *transporte intermunicipal, alojamiento y alimentación* para el paciente y un acompañante.

²¹ Sentencia T – 431 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, M.P. Gloria Ortiz Delgado.

En el caso del transporte ambulatorio para el paciente, de acuerdo con la Corte Constitucional²², está sujeto a las siguientes reglas: **a).** en las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro; **b).** en los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagaran por la unidad de pago por capitación básica; **c).** no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal de los servicios o tecnologías en salud incluidos por el PBS, debido a que esto es financiado por el sistema; **d).** no requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema (prescripción, autorización prestación). Es obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización del servicio en un municipio diferente al domicilio del paciente; **e).** estas reglas no son aplicables para gastos de transporte interurbano, ni transporte intermunicipal para la atención de tecnologías excluidas del PBS.”

Como se vislumbra en tales presupuestos, no le asiste razón a la NUEVA E.P.S. al negar el servicio de transporte ambulatorio bajo la justificación de que el municipio de residencia de la usuaria no se encuentra contemplado en los que reciben la primera adicional por zona de dispersión geográfica y a su vez excluido del PBS; toda que vez, a juicio de la Corte, sino no está contemplado en la primera regla, entonces dicho gasto se cubrirá con los recursos de la UPC básica. Criterios que se aplican cuando el paciente requiere trasladarse a un municipio diferente a su domicilio para la atención de servicios que se encuentren incluidos en el PBS, tal como sucede en el presente caso.

Precisamente, según criterio decantado de la Corte Constitucional, el transporte puede constituir una barrera de acceso a los servicios de salud, incluso en eventos en los que el paciente no se encuentra en una zona especial por dispersión geográfica. Es decir, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que, en los casos en que el transporte constituya una barrera o una limitante para el acceso al servicio médico, es un deber de las E.P.S. asumir los gastos de traslado de la persona, particularmente, cuando deba acudir a una zona geográfica distinta de aquella en la que reside²³. Por ende, ha de considerarse que la NUEVA E.P.S. sí vulneró el derecho fundamental a la salud a la agenciada al negar proporcionar el servicio de transporte intermunicipal, indispensable para asistir a la cita el pasado 07 de septiembre de 2022.

Respecto al servicio de transporte para el acompañante y los de alojamiento y alimentación, tanto para el paciente como su

²² SU- 508 de 2020.

²³ Sentencia T-069 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

acompañante, la jurisprudencia constitucional también precisa un conjunto de condiciones que permiten hacer operativa la garantía aludida. Al respecto, la alta Corporación dispuso que procede cuando: “(i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”²⁴.

Con respecto a lo anterior, debe reiterarse una vez más que en los casos en que el accionante afirme no contar con los recursos necesarios para sufragar los costos asociados a los servicios aludidos (negación indefinida), la Corte ha señalado que debe invertirse la carga de la prueba, correspondiendo a la entidad accionada demostrar lo contrario²⁵. Esto último es comprensible en el marco de la garantía efectiva del derecho fundamental a la salud, pues, como se ha reiterado en esta providencia, el sistema está en la obligación de remover las barreras y obstáculos que impidan a los pacientes acceder a los servicios de salud que requieran con urgencia.

En consecuencia, será el juez de tutela el que tendrá que analizar las circunstancias de cada caso en particular y determinar si se cumplen con los requisitos definidos por la jurisprudencia, caso en el cual deberá ordenar los pagos de transporte, alojamiento y alimentación del afiliado y de un acompañante. Esto último, como se ha expuesto, dentro de la finalidad constitucional de proteger el derecho fundamental a la salud.

Descendiendo al caso que ocupa nuestra atención, nos encontramos frente a una menor de 13 años de edad y es razonable que dependa de la compañía de un adulto responsable, que en su condición de garante preserve sus derechos, integridad y seguridad, máxime cuando se trata de realizar un desplazamiento a otra ciudad. En cuanto a la situación económica, la señora CUELLAR BRITO, asegura que es madre cabeza de hogar y, que los recursos devengados de su salario son destinados para financiar la educación de su hija y para solventar las necesidades de su hogar conformado por ella y la menor, afirmaciones que no fueron desvirtuadas por la EPS, tal como lo exige la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Siendo así, al cumplirse los requisitos propuestos por el Alto Tribunal, la E.P.S debía proporcionar los servicios complementarios aludidos.

En efecto, la honorable Corte Constitucional recientemente indicó que,

²⁴ Sentencia T-679 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Sentencia T-745 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo y Sentencia T-069 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁵ Sentencia T-405 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo; Sentencia T-073 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y Sentencia T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

“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”²⁶.

En relación con el tratamiento integral, la Corte Constitucional indica que el reconocimiento de este, solo se declarara cuando “(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente²⁷, y (ii) cuando el usuario es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas, o con aquellas personas que exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”²⁸. Así mismo, en sentencia T-081 de 2019, precisó que la orden de tratamiento integral depende de varios factores, tales como: “(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”.

De modo que, el juez de tutela debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto del actor y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados²⁹.

En tal sentido, resulta evidente que el comportamiento de la EPS es negligente al negar el suministro de los servicios complementarios requeridos por la accionante, aun cuando dispone un rubro económico destinado para costear los gastos de transporte necesarios para acceder a un servicio de salud incluido en el PBS. Comportamiento reprochable en la medida que constituye una barrera para garantizar el derecho a la Salud de la agenciada, por cuanto fue la misma EPS quien al autorizar la consulta le asignó un prestador externo distante de su domicilio y ahora no garantiza la accesibilidad a los mismos, desconociendo así, el principio de la integralidad, mismo que no se

²⁶ Citado en Sentencia T-122 de 2021.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

colma contratando una red prestadora y autorizando las prescripciones médicas; comportamiento que coloca en riesgo la salud de la paciente y prolonga su sufrimiento físico y emocional, por cuanto soporta un diagnóstico que afecta el sentido de la visión “(H522) *astigmatismo y (H500) estrabismo concomitante convergente*”; motivo por el cual, la orden de **tratamiento integral es procedente**; pues no se está presumiendo la mala fe de la entidad, sino de proteger el goce efectivo de los derechos fundamentales de la niña M.A.C., quien, además es un sujeto de especial protección constitucional.

Así las cosas, se revocará la decisión impugnada; en su lugar se tutelaré el derecho fundamental a la salud de la menor M.A.C., se declarará la carencia actual del objeto por situación sobreviniente en cuanto a los servicios complementarios en relación con la consulta “*Evaluación ortóptica en ambos ojos*” programada el 07 de septiembre de 2022 y, se ordenará a la NUEVA E.P.S. garantizar tratamiento integral en relación al diagnóstico que padece la menor M.A.C.

Cuestión final. Respecto a la petición de la E.P.S. para que se autorice el recobro ante la ADRES, esta Corporación es fiel al criterio expuesto por la Corte Constitucional, quien ha dicho que “*la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en obstáculo para que el usuario acceda a ellos. La EPS y la 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 las condiciones establecidas en ella; **no depende de decisiones de jueces de tutela.** Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren*”.³⁰

4. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2022 por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ARAUCA, en su lugar, TUTELAR el derecho

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pere, M.P. Alejandro Linares Cantillo, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

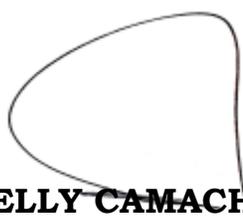
fundamental a la salud de la menor M.A.C.

SEGUNDO: DECLARAR la carencia actual del objeto por situación sobreviniente en cuanto a los servicios complementarios en relación con la consulta “*Evaluación ortóptica en ambos ojos*” programada el 07 de septiembre de 2022.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA E.P.S. garantizar tratamiento integral a la menor M.A.C. respecto al diagnóstico que padece.

CUARTO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluida, archívense las presentes diligencias.

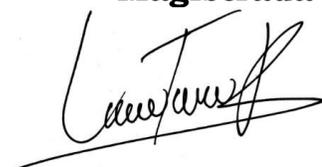
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada