

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.0533

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	810013107002-20220012501 Enlace Link
Accionante:	María Oliva Zuluaga Orozco a favor de su hija M.V.R.Z.
Apoderado:	César Ortiz De Armas
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Salud y vida digna.
Asunto:	Sentencia

Sent. 0136

Arauca (A), quince (15)de noviembre de dos mil veintidós (2022)

1. Objeto de la decisión

Resolver la impugnación presentada por la NUEVA E.P.S. contra la sentencia del 04 de octubre de 2022 proferida por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ARAUCA¹.

2. Antecedentes

2.1. Del escrito de tutela²

La señora MARIA OLIVA ZULUAGA OROZCO, a través de apoderado judicial adscrito a la Defensoría del Pueblo³, promueve acción de tutela en defensa de los derechos fundamentales de su hija M.V.R.Z. de 7 años de edad, diagnosticada con “*epilepsia; trastornos del desarrollo de las habilidades escolares; historia personal de otros factores de riesgo*”, porque la NUEVA E.P.S. negó suministrar los servicios complementarios de- *transporte, alojamiento y alimentación-* ., solicitados por escrito, para la menor y su acompañante, indispensables para trasladarse a la ciudad de Cúcuta- Norte de Santander y asistir a “*consulta de primera vez por*

¹ Claudia Marcela Garcés Valdés- Jueza.

² Presentada el 21 de septiembre de 2022.

³ Cesar Ortiz De Armas.

especialista en psiquiatría” y “consulta de primera vez por especialista en genética médica”, autorizadas en el Centro Integral de Atención Diagnóstica Especializada.

Pretensiones:

“PRIMERA: Que se amparen a la menor MARIA VALENTINA RAMIREZ ZULUAGA, identificada con NUIP 1.091’997.571, de 7 años de edad, los derechos fundamentales a la SALUD INTEGRAL; A la VIDA EN CONDICIONES DIGNAS; Y, DERECHOS DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE VULNERABILIDAD MANIFIESTA; Y, LOS DERECHOS PREVALENTES DE LOS NIÑOS.

SEGUNDA: Ordenar a la EPS NUEVA EPS, que, dentro del término de 48 horas siguientes al fallo de primera instancia, brinde a la menor MARIA VALENTINA RAMIREZ ZULUAGA, LA PRESTACIÓN INTEGRAL DEL SERVICIO DE SALUD, ordenada por los médicos tratantes por razón de sus patologías de EPILEPSIA; TRASTORNOS DEL DESARROLLO DE LAS HABILIDADES ESCOLARES; HISTORIA PERSONAL DE OTROS FACTORES DE RIESGO, en forma oportuna, continua y, eficiente, de modo que, si aún no lo ha hecho, proceda inmediatamente, a suministrarle a ELLA, y, a un acompañante, los gastos de transporte Arauca – CÚCUTA, y, retorno; Urbanos, y, de albergue y alimentación, que, le permita acceder a la atención especializada de tercer nivel por PSIQUIATRIA PEDIATRICA; Y, POR GENETICA, para valoración y seguimiento, y, para practica de RESONANCIA MAGNETICA CEREBRAL SIMPLE, y otros EXAMENES MEDICOS, convertidos en barrera de acceso a la atención referida; Asimismo, le garantice todos los PROCEDIMIENTOS; MATERIALIALES DE OSTEOSINTESIS; INTERNACIÓN EN CENTRO DE MEDIANA ESTANCIA; MEDICAMENTOS; TERAPIAS; PROTESIS; ANÁLISIS; CIRUGÍAS; EQUIPOS; MATERIALES E INSUMOS; y, demás, TECNOLOGÍAS U ORDENES, SEAN O NO POS, que, el médico tratante le ordene en función de sus graves patologías, reseñadas y, de las que, de ésta se deriven, incluido las remisiones a altos niveles de complejidad, con el consiguiente suministro de los gastos de transporte, en la forma indicada por el médico tratante, de albergue y alimentación, tanto para él, como para un acompañante, cuando quiera que, sea remitido por el médico tratante, a atención especializada que, deba prestarse en ciudades distintas del domicilio del paciente accionante, prenombrado.

TERCERA: Que se prevenga a la EPS NUEVA EPS, abstenerse en adelante, de negar la prestación del servicio integral de salud ordenada por el médico tratante al multicitado accionante, en función de sus graves patologías, toda vez que, la tardanza en brindar dicha atención, coloca en grave riesgo la vida del menor agenciado, prenombrado”. (Sic).

Adjunta:

- Fotocopia cédula accionante.
- Copia de registro civil de la menor.
- Orden médica del 14 de julio de 2022, expedida por MYT SALUD IPS.
 - o Psiquiatría infantil prioritaria.
 - o Genética – seguimiento.
 - o RM Cerebral simple.

- *Ácido valproico.*
- *Copia de autorización de servicios No. 1852145130 del 18 de julio de 2022 expedida por NUEVA E.P.S. para el servicio de “consulta de primera vez por especialista en psiquiatría”. Asignado al Centro Integral de Atención Diagnóstica Especializada, Cúcuta- Norte de Santander.*
- *Copia Autorización de servicios No. 183785054 del 08 de agosto de 2022 expedida por NUEVA E.P.S. para el servicio de “consulta de primera vez en genética médica”. Asignado al Centro Integral de Atención Diagnóstica Especializada, Cúcuta- Norte de Santander.*
- *Copia de historia clínica de fecha 14 de julio de 2022 expedida por MYT SALUD IPS.*
- *Respuesta del 25 de agosto de 2022 suscrita por la NUEVA E.P.S. donde niega los servicios complementarios.*

2.2. Trámite procesal

El JUZGADO SEGUNDO PENAL ESPECIALIZADO DE ARAUCA admite⁴ la acción de tutela y concede dos (2) días a la accionada para que rinda informe de conformidad con el artículo 19 del decreto 2591 de 1991.

2.3. Respuesta de la Empresa Promotora de Salud NUEVA E.P.S.

Informa que la menor M.V.R.Z. se encuentra afiliada en el régimen contributivo en calidad de beneficiaria, categoría A; quien tiene 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 servicios relacionados dentro de esta acción constitucional se encuentran autorizados.

Aduce que, la parte accionante no cuenta con programación alguna para asistir a citas y tampoco con indicación médica que sustente el suministro de transporte, siendo el médico tratante el único facultado para realizar estos direccionamientos.

Adicionalmente señala 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; tampoco se encuentra incluido en el Plan Básico de Salud y no concurren los requisitos jurisprudenciales

⁴ Auto del 21 de septiembre de 2022.

para autorizarlo. Igual 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 la 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”.* Asimismo, 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 que invoca la parte actora; 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 en el cumplimiento de la sentencia.

2.4. Decisión de primera instancia⁵

El JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ARAUCA concedió el amparo solicitado y emitió las siguientes órdenes:

“SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** que, dentro del término de las CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación de esta decisión, **suministre** a la menor **MARÍA VALENTINA RAMIREZ ZULUAGA**, identificada con la T.I 1091997571, los gastos de transporte, alojamiento y alimentación (ida y regreso) para ella y su ACOMPAÑANTE,

⁵ Del 04 de octubre de 2022.

con el fin de cumplir las citas especializadas de **(i) RESONANCIA MAGNÉTICA CEREBRAL SIMPLE CON PROTOCOLO DE EPILEPSIA (ii) CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA (iii) CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN PSIQUIATRÍA PEDIÁTRICA**, a través de la IPS de la ciudad de Cúcuta – Norte de Santander. Esto siempre atendiendo a las indicaciones de su médico tratante en cuanto al medio de transporte.

TERCERO: ACCEDER a la solicitud de **TRATAMIENTO INTEGRAL** de la menor **MARÍA VALENTINA RAMIREZ ZULUAGA** única y exclusivamente en lo referente a sus diagnósticos de **(i) G404 OTRAS EPILEPSIAS Y SÍNDROMES EPILEPTICOS GENERALIZADOS (ii) F818 OTROS TRASTORNOS DEL DESARROLLO DE LAS HABILIDADES ESCOLARES (iii) HISTORIA PERSONAL DE OTROS FACTORES DE RIESGO, NO CLASIFICADOS EN OTRA PARTE** entendiendo por integral (autorización de exámenes, procedimientos, intervenciones, controles periódicos, medicamentos, insumos, equipos, terapias, prótesis, remisiones a altos niveles de complejidad y otros rubros que los médicos formulen y que llegaren a solicitar las I.P.S.); además, deberá **SUMINISTRAR** el transporte intermunicipal y urbano (por el medio indicado por el médico tratante), alojamiento y alimentación, en caso de ser requerido, cuando sea remitida a una ciudad diferente a su lugar de residencia; conforme lo considerado por esta Judicatura en la presente providencia”.

La primera instancia, refiere que las órdenes médicas fueron autorizadas por la E.P.S. en un municipio distinto al domicilio de la usuaria y, no desvirtuó la carencia de recursos económicos de la accionante; así mismo, que de no efectuarse la remisión coloca en riesgo la vida, integridad física o el estado de salud de la paciente. En cuanto, al acompañante, refiere que, por tratarse de una menor de 7 años de edad, evidentemente depende de un tercero.

Seguidamente, considera que, “para materializar un servicio no basta con autorizarlo, sino que lo exigido es eliminar todas las barreras que se presenten para su acceso; verbi gracia, los servicios que se prestan en un lugar distinto a la residencia de los pacientes, evento en el cual no puede imponerse una carga extra a los usuarios como lo es cubrir los costos que demanda un traslado, cuando no cuentan con los recursos necesarios para ello, por cuanto se infiere que las E.P.S. deben contar con la infraestructura, presupuesto y el capital humano para cubrir la totalidad de los servicios de salud que demanda la condición médica de sus usuarios”.

Finalmente, justifica la orden de tratamiento integral, por tratarse de los derechos fundamentales de una menor de 7 años de edad, catalogada como un sujeto de especial protección constitucional.

2.5. La impugnación⁶

NUEVA E.P.S. solicita revocar la orden de suministrar -transporte internos e interdepartamentales, para asistencia a citas médicas, alimentación y viáticos para la paciente y su acompañante-, por cuanto, no son servicios médicos y se

⁶ Presentado el 07 de octubre de 2022.

encuentran excluidos del PBS. Además, que el municipio de residencia de la usuaria no cuenta con UPC adicional y, no se evidencia solicitud médica especial de transporte referida por los médicos, ni se encuentra acreditado el cumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos por la Corte Constitucional para trasladar dichos gastos a las EPS.

Respecto a la orden de tratamiento integral, manifiesta que, se trata de hechos futuros o inciertos y presume la mala fe de la entidad quien ha prestado todos los servicios requeridos por la usuaria. En caso de confirmarse, reitera su petición relacionada con la facultad de recobro ante el ADRES.

2.6. Prueba practicada en segunda instancia⁷

Mediante comunicación telefónica⁸ con la señora MARIA OLIVA RAMIREZ OROZCO, madre de la niña M.V.R.Z. manifestó que asistió a la cita para la consulta en la especialidad de psiquiatría el pasado 11 de noviembre de 2022 en la ciudad de Cúcuta y, retornó al día siguiente. Que la E.P.S. les proporcionó los pasajes de ida y regreso, hospedaje en el hotel Villarreal y alimentación. Dijo que tiene pendiente programar la cita en la especialidad de genética médica.

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.

3.2. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

Legitimación en la causa por activa o por pasiva. El Dr. CESAR ORTIS DE ARMAS, se encuentra legitimado por activa teniendo en cuenta que aporta poder otorgado por la señora MARIA OLIVA ZULUAGA OROZCO, madre de menor M.V.R.Z.

Por su parte, la NUEVA E.P.S. señalada de vulnerar los derechos fundamentales, se encuentra legitimada por pasiva.

⁷ 03/11/2022- 10:49 am.

⁸ Al número 3122301260- 3 min, 6 s.

Inmediatez. Se cumple el requisito de la inmediatez, teniendo en cuenta que, mediante respuesta del 25 de agosto de 2022, la NUEVA E.P.S. negó los servicios complementarios y, la acción de tutela fue presentada 21 de septiembre del presente año.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional⁹, 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.”¹⁰ 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.”¹¹

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.¹² De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹³ 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 Salud¹⁴.

⁹ Sentencia T-122 de 2021.

¹⁰ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹¹ *Ibidem*.

¹² 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.

¹³ Sentencia T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁴ 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

3.3. Problema jurídico.

Determinar si la NUEVA E.P.S., vulneró el derecho fundamental a la salud de la menor M.V.R.Z. 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 1992¹⁵, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁶ 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.¹⁷

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.

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.

¹⁵ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹⁶ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

¹⁷ T- 513 de 2020.

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 Niño¹⁸. Este 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 menores¹⁹.

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 2015²⁰ 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 vitales²¹. 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.

¹⁸ Adoptado en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

¹⁹ 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”*. Adicionalmente, el artículo 6° del Código de Infancia y Adolescencia establece que la Convención hace parte integral de su normativa

²⁰ Ley Estatutaria de Salud.

²¹ 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”*

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 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. Solución del caso.

En esta oportunidad, se trata la menor M.V.R.Z de 7 años de edad, residente en el municipio de Arauca, diagnosticada con “*epilepsia; trastornos del desarrollo de las habilidades escolares; historia personal de otros factores de riesgo*”, a quien la NUEVA E.P.S. negó suministrar los servicios complementarios de – *transporte, alojamiento y alimentación*–, tanto para ella como su acompañante, necesarios para asistir a las consultas de - “*consulta de primera vez por especialista en psiquiatría*” y “*consulta de primera vez por especialista en genética médica*”, autorizadas en el Centro Integral de Atención Diagnóstica Especializada, ubicado en la ciudad de Cúcuta. Adicionalmente, pide tratamiento integral. Como se pudo constatar vía telefónica con la señora MARIA OLIVA RAMIREZ OROZCO, madre de la niña, la cita para la *consulta en la especialidad de*

psiquiatría estaba programada para el día 01 de noviembre de 2022 a la cual asistió; y, tiene pendiente agendar la otra valoración.

Al verificar el material probatorio, dichos servicios médicos fueron ordenados a través de la IPS MYT SALUD el pasado 14 de julio y, autorizados por la NUEVA E.P.S. – **(i).** autorización de servicios No. 1852145130 del 18 de julio de 2022 expedida por NUEVA E.P.S. para el servicio de “consulta de primera vez por especialista en psiquiatría”. Asignado al Centro Integral de Atención Diagnóstica Especializada, Cúcuta- Norte de Santander. **(ii).** Autorización de servicios No. 183785054 del 08 de agosto de 2022 expedida por NUEVA E.P.S. para el servicio de “consulta de primera vez en genética médica”. Asignado al Centro Integral de Atención Diagnóstica Especializada, Cúcuta- Norte de Santander-.

Teniendo en cuenta que la E.P.S. asignó una red prestadora fuera del lugar de domicilio de la afiliada; la señora RAMÍREZ OROZCO solicitó el suministro de los servicios complementarios para la consulta de psiquiatría, la cual, estaba agendada; no obstante, mediante oficio del 25 de agosto de 2022 la demandada respondió:

*“Atendiendo su solicitud nos permitimos dar respuesta a su radicado del día 16 de del presente año, donde solicita que sea autorizado "trasporte, alberge y alimentación para la menor hija MARIA VALENTINA RAMÍREZ ZULUAGA TI. 1091.997.571 y su acompañante para asistir a cita de primera vez en **PSIQUIATRÍA PEDIÁTRICA** en el Hospital Rudecindo Soto de Cúcuta” le informamos que el servicio de transporte, albergue alimentación NO son servicios de salud y por lo tanto no se encuentran en el plan de beneficios.*

Según lo establecido en el Artículo 121 de la resolución 3512 de 2019. Traslado de pacientes. Los servicios y tecnologías de salud financiados con Recursos de la UPC incluyen el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o Medicalizada). En los siguientes casos:

1. Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio pre hospitalario y de apoyo Terapéutico en ambulancia. (Tramites Intrahospitalarios).

2. Entre IPS dentro del 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 financiado con recursos de la UPC el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia. El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente. (Intrahospitalarios).

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

Artículo 122. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención financiada con recursos de la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

La Nueva EPS suministra el transporte únicamente a usuarios en los municipios de Arauquita, Saravena, Tame, Fortul, Cravo Norte y Puerto Rondón donde el gobierno ha establecido una prima adicional para zonas especial por dispersión geográfica. Por lo anterior descrito, la EPS, no reconoce subsidio de transporte, alojamiento y alimentación al usuario, por no estar contemplados en el Plan de Beneficios de salud (PBS)". (Sic).

Bajo estos supuestos, es válido el reclamo constitucional que presenta la señora RAMÍREZ OROZCO en defensa de los derechos fundamentales de su hija, debido al comportamiento reprochable por parte de la NUEVA E.P.S. en la medida que constituye una barrera para el acceso efectivo a los servicios de salud. Precisamente fue la misma EPS quien al autorizar las respectivas consultas especializadas, le asignó un prestador externo distante de su domicilio y, no garantizar la accesibilidad a los mismos, desconoce el principio de la integralidad, mismo que no se colma contratando una red prestadora y autorizando los servicios.

Pues como es sabido, 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 distingue 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 prima adicional por zona de dispersión geográfica y a su vez excluido del PBS; toda vez que, a juicio de la Corte, sino no está contemplado en la primera regla,

²² SU- 508 de 2020.

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 razonamiento decantado por 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. Razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia por cuanto, la NUEVA E.P.S. vulneró el derecho fundamental a la salud de la menor M.V.R.Z. al negar el suministro del servicio de transporte intermunicipal y, si se tiene en cuenta que, fue a través de la intervención del Juez constitucional, que finalmente la E.P.S. en cumplimiento del fallo del 04 de octubre de 2022, garantizó dicho componente.

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

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

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.

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.

En el caso que nos ocupa, también le asiste razón a la primera instancia, pues es razonable que en tratándose de una menor de tan solo 7 años de edad, 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 E.P.S. tiene la carga de la prueba en desvirtuar dicha condición tal como lo exige la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, no lo hizo.

En suma, la honorable Corte Constitucional recientemente indicó que, *“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.

Del 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 paciente*²⁷, *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)*

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

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 parte 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 niña M.V.R.Z., circunstancia que, de no ser por la intervención del juez constitucional, pudo colocar en riesgo su salud físico o emocional en tratándose de un diagnóstico que cuenta con un plan de tratamiento como lo es “*la epilepsia; trastornos del desarrollo de las habilidades escolares; historia personal de otros factores de riesgo*”, como consta en la historia clínica del 14 de julio de 2022 expedida por MYT SALUD; 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.V..R.Z. quien, además es un sujeto de especial protección constitucional.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Cuestión final. Respecto de la petición de la E.P.S. para que se autorice el recobro ante la ADRES, se reitera nuevamente a la NUEVA E.P.S. que, esta Corporación fiel al criterio expuesto por la Corte Constitucional, quien ha dicho que “*la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; **no depende de decisiones de jueces de tutela.*** Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para

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

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 (Subrayado fuera de texto). por lo tanto, dicha pretensión es improcedente.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de octubre de 2022 por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ARAUCA.

SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluida, archívese.

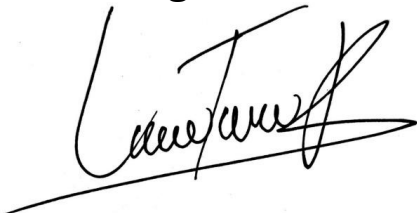
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada

³⁰ Sentencia T-224/20.