

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. 0537

Proceso:	Acción de tutela 2° Instancia
Radicado:	81001-31-18-001-2022-00240-00
Accionante:	Arianny María Sánchez Torrealba
Agenciado	S.E.R.S.
Apoderado judicial:	Cesar Ortiz De Armas
Accionado:	Nueva E.P.S.
Derechos invocados:	Derecho a la salud integral, a la vida en condiciones dignas, derechos de las personas en situación de vulnerabilidad manifiesta y, los derechos prevalentes de los niños.
Asunto:	Sentencia

Sent. No. 140

Arauca (A), dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

1. Asunto a tratar

Decidir la impugnación presentada por la NUEVA E.P.S. contra la sentencia proferida el 06 de octubre de 2022, por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES MIXTAS DE ARAUCA¹.

2. Antecedentes

2.1. Del escrito de tutela²

La señora ARIANNY MARÍA SANCHEZ TORREALBA³, a través de apoderado judicial adscrito a la Defensoría del Pueblo⁴, promueve acción de tutela contra la NUEVA E.P.S. en defensa de los derechos

¹ Carlos Eusebio Caro Sánchez-Juez
² Presentada el 26 de septiembre de 2022.
³ De Nacionalidad Venezolana.
⁴ Cesar Ortiz De Armas.

fundamentales⁵ de su hijo S.E.R.S.⁶, de 3 años de edad, diagnosticado con **“(H500) estrabismo concomitante convergente ETD”**; porque negó los servicios complementarios de – **(transporte intermunicipal y urbano), alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante** – tanto para el menor como su acompañante, indispensables para trasladarse a la ciudad de Yopal y asistir a consulta de **“(960101) Evaluación Ortoptica en ambos ojos”**; programada **para el día miércoles 07 de septiembre de 2022 a las 01:00PM**; costos que no puede asumir por su propia cuenta.

Pretensiones:

“PRIMERA: Que se amparen al menor SEBASTHIAN ENMANUEL RODRIGUEZ SANCHEZ, identificado con P.T. 6’283.986, de 3 años de edad, los derechos fundamentales a la SALUD INTEGRAL; A la VIDA EN CONDICIONES DIGNAS; 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 al menor SEBASTHIAN ENMANUEL RODRIGUEZ SANCHEZ, LA PRESTACIÓN INTEGRAL DEL SERVICIO DE SALUD, ordenada por los médicos tratantes por razón de sus patologías de ESTRABISMO AMBOS OJOS; DETECCIÓN DE ALTERACIÓN DE LA AGUDEZA VISUAL, en forma oportuna, continua y, eficiente, de modo que, si aún no lo ha hecho, proceda inmediatamente, a suministrarle a EL y, a un acompañante, los gastos de transporte Arauca – Yopal, y, retorno; Urbanos, y, de albergue y alimentación, que, le permita acceder a la atención especializada de tercer nivel por ORTOPTICA, para valoración y, practica de CIRUGIA DE SU OJO DERECHO; 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”. (Sic).

Como medios probatorios, adjunta:

⁵ Derecho a la salud integral, a la vida en condiciones dignas, derecho de las personas en situación de vulnerabilidad manifiesta y, de los derechos prevalentes de los niños.

⁶ Nacido en la República de Venezuela el 21 de julio de 2019, identificado con PPT No. 6283986, expedido por Migración Colombia el 20 de enero de 2022 con fecha de vencimiento del 30 de mayo de 2031.

- *Historia de Optometría, expedida el 17 de agosto de 2022, por la Sociedad de Servicios Oculares S.A.S. – Optisalud.*
- *Documento de remisiones, solicitud y autorización de servicios No. 6283986, expedido por Optisalud el 17 de agosto de 2022, para “(950101) evaluación ortoptica en ambos ojos”*
- *Documento que acredita remisión para el servicio de “evaluación ortoptica (20)” en la ciudad de Yopal, edificio Medilink calle 13 # 29 – 41, para el día miércoles 07 de septiembre de 2022 a las 01:00PM.*
- *Solicitud escrita dirigida a la NUEVA E.P.S., para el respectivo suministro de los servicios complementarios, con fecha del 18 de agosto de 2022.*
- *Respuesta a solicitud, emitida por la NUEVA E.P.S., con fecha del 31 de agosto de 2022.*
- *Permiso por Protección Temporal No. 6283986, del menor S.E.R.S., de nacionalidad venezolana. Documento expedido por Migración Colombia el 20 de enero de 2022 en Bogotá D.C., con fecha de vencimiento del 30 de mayo de 2031.*
- *Cedula de Identidad de la señora Arianny maría Sánchez Torrealba, No. V.25.136.201.*
- *Poder.*

2.2. Trámite procesal

El JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES MIXTAS DE ARAUCA la admite⁷, vincula a la Unidad Administrativa Especial de Salud – UAESA, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES y a Optisalud. Concede a la accionada y vinculadas el término de dos (2) días para que rindan informe.

2.3. Respuestas

La Empresa Promotora de Salud NUEVA E.P.S. Informa que, el menor S.E.R.S., se encuentra afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen subsidiado desde el 13 de junio de 2022, con SISBEN -1 y recibe atención en salud en la E.S.E. Jaime Alvarado y Castilla en el municipio de Arauca (Arauca).

Sostiene que, no es responsabilidad de la entidad promotora de salud proporcionar el servicio de transporte porque no está incluido en el

⁷ Auto del 26 de septiembre de 2022.

Plan de Beneficios de Salud -Resolución 2292 de 2021; tampoco el municipio de Arauca- Arauca se encuentra contemplado en la Resolución 2381 de 2021 que determina los entes territoriales que reciben UPC diferencial.

En cuanto a la 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 vincular a la Secretaría de Salud Departamental de Arauca para que preste los servicios y tecnologías no financiados por la UPC - S de sus afiliados al régimen subsidiado y, negar el amparo por improcedente; pero en caso de concederse, solicita ordenar al ADRES reembolsar los gastos en que incurra al momento cumplir la orden tutelar.

La Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca – UAESA.

Indica que, es competencia de la EPS donde se encuentra afiliado el usuario, autorizar y garantizar la atención correspondiente en salud. Por lo tanto, solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.4. Decisión de primera instancia⁸

El JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES MIXTAS DE ARAUCA concedió el amparo en su integralidad y resolvió:

“SEGUNDO: ORDENAR a la **Nueva EPS** asumir dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, la atención en salud integral del menor **SEBASTIAN ENMANUEL RODRIGUEZ SÁNCHEZ**, a propósito de su diagnóstico: **ESTRABISMO AMBOS OJOS; DETECCIÇON DE ALTERACIÓN DE LA AGUDEZA VISUAL**; para lo cual deberá autorizar el suministro de todos los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y, en general, cualquier servicio, incluido o no en el Plan de Beneficios de Salud (PBS) y excluido del PBS, que prescriba su médico tratante: incluyendo los gastos de transporte intermunicipal de ida y retorno, transporte urbano, albergue y alimentación para el niño y su acompañante, cuando deba ser remitido a otra ciudad para los referidos diagnósticos; asimismo, deberá atender las indicaciones de su médico tratante en cuanto al medio de transporte.

TERCERO. ADVERTIR a **Nueva EPS** que los gastos que se deriven de la atención integral que aquí se ordenó, deberán ser cubiertos integralmente por la entidad teniendo en cuenta que el presupuesto máximo transferido por la Nación – Ministerio de la Salud y de la Protección Social, atendiendo a lo regulado en las resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2022, que surten efectos a partir del día 01 de marzo de 2020.

CUARTO. ORDENAR a **Nueva EPS** que una vez venza el término para dar cumplimiento a la orden judicial impartida, presente ante esta dependencia judicial un **INFORME DEBIDAMENTE DOCUMENTADO, EN EL CUAL ACREDITE EL CABAL CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN IMPARTIDA EN EL PRESENTE FALLO**”. (Sic).

Consideró que la NUEVA E.P.S. puso en riesgo el derecho fundamental a la salud del niño S.E.R.S. al negar el suministro de los servicios de transporte incluidos el alojamiento y la alimentación para él y su acompañante, necesarios para acceder al servicio médico prescrito por su médico tratante y autorizado en una institución prestadora ubicada en una ciudad diferente a la de su residencia. Además, que se trata de un paciente que es sujeto de especial protección constitucional, dependiente de un tercero y pertenece a un núcleo familiar con insuficiencia económica para asumir los gastos de desplazamiento al lugar donde fue remitido, situación que no fue desvirtuada por la entidad accionada.

En relación con la atención integral en salud, puntualizó que, se debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios sin que tenga que

⁸ Sentencia del 06 de octubre de 2022.

acudir a acciones de tutela por cada prescripción por la misma patología.

2.5. De la impugnación⁹

La NUEVA E.P.S., solicita revocar la providencia judicial al considerar que no es su responsabilidad suministrar los servicios complementarios para el paciente y su acompañante porque no están cubiertos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), como tampoco procede el tratamiento integral porque se trata de hechos futuros o inciertos que presumen la mala fe de la entidad, quien ha prestado todos los servicios requeridos de la usuaria; en caso contrario, reitera su petición relacionada con la facultad de recobro ante el ADRES.

2.6. Prueba practicada en segunda instancia¹⁰

Mediante comunicación telefónica¹¹ con la señora ARIANNY MARÍA SANCHEZ TORREALBA, madre del menor S.E.R.S., manifestó que no acudió a la cita programada el pasado 07 de septiembre de 2022 porque la NUEVA E.P.S. no garantizó los servicios complementarios para trasladarse a la ciudad de Yopal. Que reprogramó la consulta para el 23 de noviembre de 2022 a las 02:00 p.m. y no cuenta con los recursos económicos, ya que se dedica a la venta ambulante de “tinto”.

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 en la acción de tutela.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad.¹²

⁹ Presentado el 11 de octubre de 2022.

¹⁰ 15 de noviembre de 2022.

¹¹ Al número de celular aportado en el escrito de tutela.

¹² Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. Tanto el señor apoderado judicial como la NUEVA E.P.S. se encuentran legitimados.

Inmediatez. El tiempo transcurrido entre la respuesta negativa de la Nueva E.P.S. que data del 31 de agosto de 2022 y la fecha de presentación de acción de tutela de tutela -21 de septiembre de 2022- resulta razonable y por tanto se cumple este requisito.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional¹³, 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.”¹⁴

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.”¹⁵

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 salud¹⁶. De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹⁷ 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.

Bajo lo anteriormente expuesto, se torna procedente la presente acción, ante la ineficiencia del mecanismo jurisdiccional consagrado

¹³ Sentencia T-122 de 2021.

¹⁴ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ver 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.

¹⁷ Sentencia T-224 DE 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

ante la Superintendencia Nacional De Salud¹⁸.

3.3. Problema jurídico.

Determinar si la NUEVA E.P.S., vulneró los derechos fundamentales del menor S.E.R.S. y, si tal comportamiento, justifica el amparo integral concedido en primera instancia.

3.4. Supuestos Jurídicos

3.4.1. De la naturaleza de la acción de tutela.

Conforme lo dispuesto en 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 1992¹⁹, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015²⁰ 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. Del derecho fundamental de salud de los niños y niñas²¹

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.

¹⁸ 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 aquellas expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

¹⁹ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

²⁰ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

²¹ 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 Niño²². 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 menores²³.

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 2015²⁴ **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 vitales²⁵. 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

²² Adoptado en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

²³ 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

²⁴ Ley Estatutaria de Salud.

²⁵ 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”*

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. Examen del caso.

Se trata del menor S.E.R.S, de tres años de edad, diagnosticado con *“(H500) estrabismo concomitante convergente ETD”* y, requiere que la empresa promotora de salud NUEVA E.P.S. garantice el suministro de los servicios complementarios de *“(transporte intermunicipal y urbano), alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante”*, para asistir a la consulta prescrita por su médico tratante de *“(960101) Evaluación ortoptica en ambos ojos*, en la IPS OPTISALUD sede Yopal; quien también solicita tratamiento integral en salud.

Contrastados los fundamentos fácticos con los medios probatorios que obran el expediente se constata que: **(i)** El menor se encuentra debidamente regularizado en el país, toda vez que cuenta con el Permiso Por Protección Temporal, está afiliado en el Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, a través de la

NUEVA E.P.S., **(ii)** Fue diagnosticado con “(H500) estrabismo concomitante convergente ETD” requiere asistir a la consulta de “(960101) Evaluación ortoptica en ambos ojos, en la ciudad de Yopal (Casanare)”, que tiene como finalidad la “*detención de alteraciones de agudeza visual*”. **(iii)** Que el 18 de agosto de 2022, la señora SÁNCHEZ TORREALBA solicitó por escrito los servicios complementarios y la NUEVA E.P.S. el 31 de agosto de 2022 respondió: “(...) *Le informamos que el servicio de transporte, albergue alimentación NO son servicios de salud y por lo tanto no se encuentran incluidos en el plan de beneficios (...) La Nueva EPS suministra el transporte únicamente a sus 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). **iv)** La señora ARIANNY MARÍA SÁNCHEZ TORREALBA, telefónicamente informó que a la cita programada para el pasado 07 de septiembre no asistió porque la E.P.S. negó los gastos de traslado y que debe viajar el día 23 de noviembre de 2022 a las 02:00 p.m., fecha en que la consulta fue reprogramada.

Bajo estos supuestos, es válido el reclamo constitucional elevado por la progenitora del menor, si en cuenta se tiene que fue la misma EPS quien a través de sus médicos tratantes diagnosticó y prescribió al menor consulta para *Evaluación ortoptica en ambos ojos* y autorizó el servicio con un prestador externo ubicado en el Municipio de Yopal y aún mediando cita programada y solicitud escrita para el suministro de los gastos de traslado, alojamiento y alimentación los negó, motivando así la demanda presentada en su contra, frente a la cual se muestra ajena a la vulneración de los derechos fundamentales reclamados, a sabiendas que en el principio de la integralidad, solo se colma si se derriban las barreras que impiden a sus afiliados acceder a todos los servicios; desconociendo además que en tratándose del transporte ambulatorio para el paciente, la Corte Constitucional²⁶, precisó que: **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).**

²⁶ SU- 508 de 2020.

estas reglas no son aplicables para gastos de transporte interurbano, ni transporte intermunicipal para la atención de tecnologías excluidas del PBS.”; por lo que no asiste razón a la Nueva EPS cuando niega el servicio de transporte ambulatorio al paciente bajo el argumento que se encuentra excluido del Plan de Beneficios en Salud, dado que, si el menor reside en un municipio al que no se le reconoce el concepto de la prima adicional por zona de dispersión geográfica, el transporte deberá asumirse con cargo a la UPC general pagada a la entidad promotora de salud.

En efecto, 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 reside²⁷. 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 S.E.R.S. al negar el suministro del servicio de transporte intermunicipal.

En cuanto al servicio de transporte para el acompañante, incluidos el alojamiento y alimentación tanto para el paciente como para su acompañante, la jurisprudencia constitucional también precisa un conjunto de condiciones que permiten su financiamiento, 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”²⁸.

Con respecto a lo anterior, resulta pertinente precisar que, en los casos que la accionante afirme la ausencia de recursos económicos para costear los servicios aludidos (negación indefinida), la Corte ha señalado que debe invertirse la carga de la prueba, por lo que corresponde a la entidad accionada demostrar lo contrario. Lo anterior es comprensible en el marco de la garantía efectiva del derecho fundamental a la salud, pues, como se ha reiterado jurisprudencialmente, 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.

²⁷ Sentencia T-069 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁸ 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.

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, resulta razonable que en tratándose de un menor de tres 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 requiere trasladarse 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”*²⁹.

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”*³⁰, 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”*³¹. 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

²⁹ Citado en Sentencia T-122 de 2021.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³¹ 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

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 afiliados³².

Frente a la solicitud del tratamiento integral, resulta evidente que el actuar de la NUEVA E.P.S. es negligente, toda vez que negó suministrar los servicios complementarios requeridos para que el titular de los derechos acceda de manera efectiva al servicio de salud, y fue debido a ese comportamiento que el afiliado no asistió el pasado 07 de septiembre de 2022 a la cita médica, poniendo en peligro su salud física y emocional. Motivo por el cual, la orden del tratamiento integral es procedente, pues con ello no se está presumiendo la mala actuación de la entidad, sino que dicha orden está encaminada a proteger el goce efectivo de los derechos fundamentales del niño S.E.R.S. máxime cuando se trata de 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 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”*.³³ (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,

³² Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³³ Sentencia T-224/20.

RESUELVE

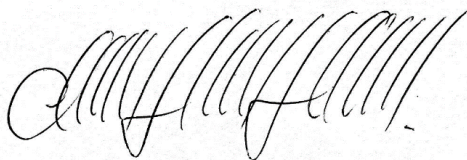
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de octubre de 2022 por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES MIXTAS DE ARAUCA.

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

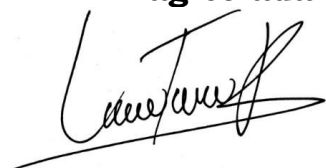
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada