



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO MIXTO DE BARRANQUILLA

PROCESO IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN: 08001-4189-007-2023-00552-01

ACCIONANTE: EBRO RAFAEL VERDEZA PACHECO CC 12.619.331 Agente Oficioso del menor de edad EMMANUEL PALENCIA ALANDETE

ACCIONADO: SURA E.P.S.

DERECHO: SEGURIDAD SOCIAL

Barranquilla, dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferido por EL JUZGADO SÉPTIMO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por Dr. EBRO RAFAEL VERDEZA PACHECO en calidad de Defensor Público adscrito a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, actuando como Agente Oficioso del niño EMMANUEL PALENCIA ALANDETE, en contra de SURA E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y seguridad social consagrados en la Constitución Nacional; y en el cual se confirmó el amparo solicitado.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. Indicó el demandante que, su representado es un menor de 4 años que se encuentra afiliado a SURA E.P.S., en el régimen contributivo, en calidad de beneficiario de su padre JUAN CARLOS PALENCIA HERNANDEZ, que en el Sisbén se encuentran clasificados con C7 Vulnerable, y que residen en el municipio de Malambo- Atlántico.
2. Manifiesta, agrega que el menor se encuentra en condición de discapacidad, con diagnóstico de autismo e hipotonía congénita, por lo que su médico tratante le ordenó terapias integrales y que estas son realizadas en la IPS NEUROESTIMULAR, que se encuentra ubicada en la calle 93 # 42B-126 sector norte de la ciudad de Barranquilla, el cual es un sitio distante de su residencia en el municipio de Malambo, que en muchas ocasiones no ha podido ser llevado debido a los costos del transporte para él y su acompañante, lo que asegura, constituye una barrera de acceso a su tratamiento.
3. La madre del niño no trabaja por estar al cuidado de su hijo, y los ingresos familiares depende únicamente del padre de su hijo, quien devenga 1 salario mínimo mensual, de los cuales deben sufragar gastos como servicios públicos,

educación especial, y que no les queda para cubrir los demás gastos familiares, por lo que deben acudir a la solidaridad de familiares.

4. Señaló que, ante la incapacidad económica para sufragar los gastos de transporte, elevó derecho de petición ante la SURA EPS, con el fin de solicitar la prestación del servicio de transporte, cuya solicitud fue denegada mediante misiva del 02 de junio de 2023.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que *“...amparar los derechos fundamentales del menor agenciado y que en consecuencia de ello, se le ordene a la EPS SURA autorizar el suministro del servicio de transporte para asistir a la realización de terapias ordenadas por el médico tratante, y que, en razón de su condición de discapacidad, se aplique la excepción de cobro de cuotas moderadoras y copagos...”*

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el trece (13) de Junio de dos mil veintitrés (2023), por EL JUZGADO SEPTIMO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, ordenándose la notificación de la accionada, y posteriormente, mediante auto del 21 de junio de 2023, se ordenó la vinculación de la Alcaldía de Malambo, Atlántico, a fin de que se pronunciara sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

SURA E.P.S., a través de NAZLY YAMILE MANJARREZ PABA, en su calidad de Representante Legal Judicial manifestó: *“...La entidad accionada remitió el informe solicitado, en el cual solicitó la vinculación del ente territorial, al considerar que en Concepto del Ministerio de Salud del 19/04/2021, se define que el transporte para acompañantes del paciente, debe ser garantizado por los entes*

territoriales. Agregó que el menor se encuentra afiliado en EPS SURA, cuenta con derecho al servicio en calidad de beneficiario hijo del Cotizante el Sr. JUAN CARLOS PALENCIA HERNANDEZ, que el menor presenta antecedente de trastorno del espectro autista en manejo medico integral con equipo multidisciplinario quienes realizan control clínico, paraclínicos, imágenes, pruebas, tratamiento no medicamentoso con rehabilitación, insumos tipo pañal, y que todos los servicios son autorizados y prestados en la red de EPS Sura sin dilataciones, con oportunidad, seguridad y pertinencia garantizando todos los estándares de calidad. Señaló que en la historia Clínica de atención por neurología pediátrica se informa que el paciente se encuentra escolarizado en jardín inclusivo, que marcha normal independiente sin ayuda, no hay focalización, por lo cual ordena continuar con terapias de rehabilitación, cero pantallas y escolarización regular, no ordena que sean en el domicilio ni transporte, pues el paciente no cuenta con limitación física que impida movilizarse, paciente viene recibiendo terapias de forma sucesiva con asistencia a las mismas desde el año 2020. Advierte que el servicio de transporte solicitado no cuenta con cobertura por el Plan de Beneficios en Salud, ni cuenta con código para ser solicitado por Mipres puesto que se considera Exclusión del PBS, y este debe ser asumido por la familia. Añadió que el menor recibe terapias con enfoque cognitivo conductual en

NEUROXTIMULAR S.A.S., afirma que se especializa en el manejo de estas patologías, y que, en referencia a la solicitud de servicio de transporte, procedieron a estudiar el caso, para lo cual informó que el servicio solicitado no cuenta con cobertura por el plan de beneficios en salud, ni cuenta con código para ser solicitado por MIPRES, por exclusión del PBS, señalando que éste debe ser asumido por la familia, -Indica que SURA EPS, cuenta con una red de prestadores especializadas en realizar atención integral en este tipo de terapias, conformada por las siguientes IPS, con la cual asegura, se garantiza cobertura, accesibilidad, prestación de servicio con calidad y seguridad en el departamento

- FUNDACIÓN GRUPO INTEGRA CL 3 B N 38 - 220 salgar puerto Colombia
- FUNDACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LAS COMUNIDADES FIDEC Cra 45B N. 90-119
- E.S.C.O. SALUD PLUS IPS S.A.S. CARRERA 57 74 130
- NEUROXTIMULAR SAS Cra. 43b #85-81
- NEUROAVANCES SAS Cra. 45 # 82-133 Nueva sede en Calle 30 CC Carnaval a partir de marzo de 2022
- GRUPO CENTRO DE NEUROREHABILITACIÓN Y APRENDIZAJE S.A.S (CENAP) CARRERA 64 B 85 132 sede Barranquilla, y Calle 18 # 26B 20 Soledad.

Sostuvo que, con la red presentada anteriormente, se garantiza cobertura, accesibilidad, prestación de servicio con calidad y seguridad en el departamento, Manifestó que en la presente acción constitucional no se encuentran reunidos los requisitos jurisprudenciales para acceder a lo pretendido: (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario, agrega que tampoco se cumple el otro requisito jurisprudencial, en el sentido que si no se suministra el transporte se pone en peligro la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario, señalando que el menor, no cuenta con discapacidad física que le limite transporte y que requiere transporte especial por ello considera que no es procedente la solicitud.

ALCALDÍA DE MALAMBO- SECRETARÍA DE SALUD, a través de OSWALDO MIRANDA HERNÁNDEZ, en su calidad de Secretario de Salud del municipio de Malambo-Atlántico manifestó: "...de la lectura de los hechos anunciados por la accionante en su escrito de tutela, se evidencia que se encuentra activo como afiliado a la EPS SURA, en calidad de beneficiario de su padre, advierte que Sura es la entidad legal y jurisprudencialmente obligada autorizar los procedimientos y los servicios que estén soportados en un criterio médico científico. Señaló que según lo establecido por la Honorable Corte Constitucional las EPS deben garantizar que una vez expedida la orden por parte del médico tratante de un procedimiento y/o servicio, se concrete la efectividad del ejercicio del derecho hasta que se cumpla la realización de lo ordenado por el galeno o profesional de salud, aun cuando dicho procedimiento y/o servicio se practique fuera del municipio de residencia del paciente, y por ello taxativamente la Corte ha señalado que las EPS son las encargadas de garantizar y/o sufragar los gastos de movilización del paciente hasta que se cumpla el goce real y efectivo del derecho. Sostuvo que la Secretaría de Salud Municipal de Malambo está encargada de la inspección, vigilancia y control de la salud pública y en ese sentido, no presta servicios de salud por prohibición legal expresa. Por lo tanto, solicitó la desvinculación del presente trámite por falta de legitimación en la causa por pasiva..."

Posterior a ello, el veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023), se profirió fallo de tutela, concediendo el amparo de los derechos depuestos, por lo que fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023), por EL JUZGADO SÉPTIMO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, decidió conceder el amparo de los derechos depuestos por la parte accionante, en ocasión a que: *“...Así las cosas, teniendo en cuenta que se requiere la realización de las terapias integrales para garantizar el derecho a la salud del menor y dadas las afirmaciones relacionadas con la carencia de recursos de su núcleo familiar, el Despacho concederá el amparo invocado y en consecuencia, le ordenará a SURA E.P.S. que, en el término de 48 horas, suministre el servicio de transporte al menor de edad y a su acompañante para la asistencia a las terapias integrales prescritas para el tratamiento de su patología, desde su lugar de residencia hasta el lugar donde recibe sus terapias en la frecuencia que le sea prescrita. En cuanto a la solicitud de exoneración de copagos, es menester indicar que la Corte Constitucional ha reiterado: ...la exigencia reglamentaria de reclamar el pago de cuotas moderadoras y/o copagos no es contraria a la Constitución pues, a través de ellos se busca obtener una contribución económica al Sistema en razón a los servicios prestados. Sin embargo, aquél no podrá exigirse cuando de su aplicación surja la vulneración a un derecho fundamental. En todo caso, será el juez constitucional el encargado de verificar si el pago de las cuotas de recuperación exigidas por la ley obstaculiza el acceso al servicio de salud y si, como consecuencia de ello, se genera una vulneración de los derechos fundamentales.”* Como en el caso bajo estudio la accionada SURA E.P.S. aporta certificado en el que se observa que las terapias A.B.A., en cantidad 120, se encuentran exentas de copago hasta el 12/01/2024, (Documento 09) y al menor le fueron ordenadas 120 Terapias Integrales por 6 meses, motivo por el cual, infiere el Despacho que en el sub iúdice no se configura esta exigencia como obstáculo para que el menor pueda recibir las terapias que su médico tratante le ha ordenado, pues con la exención que acredita la accionada, se garantiza el acceso a dichas terapias. Por lo que esta pretensión será negada. Finalmente, se le advertirá a SURA E.P.S., que en lo sucesivo, evite incurrir en conductas como las aquí descritas por cuanto vulneran derechos fundamentales...”

VI. IMPUGNACION

La parte accionante manifestó su inconformidad en los siguientes términos: *“...Su señoría, le informo que en cumplimiento del fallo hoy objeto de réplica, la entidad accionada, tal y como consta en la documental sobrevenida adjunta¹, autorizó el servicio de transporte redondo, empero, tal y como se lee en la columna # 6, manifiesta la señora madre del menor accionante que por vía llamada de celular (3503093978), el prestador del servicio “TRANSPORTES ESIVANS SAS”, le manifestó que para materializarlo, tenía que pagar un copago por valor de \$304.550.00, barrera económica que no obstante, su discapacidad mental y situación de vulnerabilidad en inaplicación del Decreto 1652 de 2022 y demás normas concordantes, impedirá su accesibilidad a los servicios de salud...”*

VII. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿Las accionadas SURA E.P.S., han vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud, del menor EMMANUEL PALENCIA ALANDETE, al no autorizar, suministrar al niño y a un acompañante el transporte para asistir a las terapias de rehabilitación y no eximirlo del copago?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

IX. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 44, 46, 48, 86, de la Carta Política, Decreto 2591 de 1991, Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 100 de 1993; sentencias T-233 de 2012, C-313 de 2014, C-507 de 2004, T-717 de 2011, T-445 de 2017, T-062 de 2017, T-408 de 2011, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007, T-421 de 2007, T - entre otras.

X. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en

concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

DERECHO A LA SALUD

En primer lugar, el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, la Corte, en sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, con M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

De este modo, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

SU CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS.

En lo concerniente a la salud y su amplio alcance, en la sentencia T-659 de 2003 la Corte estimó que este no sólo tiene que ver con el estado de bienestar físico o funcional, sino

también con el psicológico, emocional y social de una persona; ya que son todos esos aspectos los que viabilizan el desarrollo de una vida de calidad y también tienen incidencia en el desarrollo integral del ser humano. Por lo anterior, dicha corporación ha considerado que una decisión que afecte tanto el ámbito funcional como el psicológico, emocional y social sería vulneratoria de los derechos fundamentales de la persona, tales como el de la integridad física, moral y psíquica y a una vida digna.

Ahora bien, la Corte también ha desarrollado un concepto amplio del derecho a la vida, pues ha considerado que este no sólo implica “la mera subsistencia biológica”, sino también “el reconocimiento y la búsqueda de una existencia digna.”¹

En ese mismo sentido, se enfatizó en que el derecho a la vida digna “se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”.²

De lo anterior y teniendo en consideración que el derecho fundamental a la vida ha sido consagrado y garantizado en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 11 de la Constitución Política, se puede afirmar que éste no hace referencia exclusivamente a la existencia material, sino también a la posibilidad de ésta sea desarrollada de forma digna.

De este modo, la Corte ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del Plan de Beneficios en Salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas; situación que podría presentarse en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del Plan o cuando se abstiene de autorizar y practicar un procedimiento quirúrgico que tiene la capacidad de afectar directamente la dignidad o vida misma del paciente, argumentando indebidamente que se trata de una intervención excluida del Plan de Salud. Así, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su recuperación física y emocional, psicológica o mental, producto de un padecimiento por una afección física, aquella actuación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.³

De allí que pueda colegirse que la salud no sólo involucra el tener un estado de bienestar físico o funcional, pues también debe comprender un bienestar psíquico, emocional y social. Ello, toda vez que todos esos elementos permiten proporcionarle a una persona el desarrollo de su vida en condiciones dignas y de calidad. Es por esto que “tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo

¹ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

² Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la sentencia T-076 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-956 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

³ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

afecta el bienestar físico o funcional de las personas, sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.”⁴

TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD.

En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, “(...) *sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan*”. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

Al mismo tiempo ha señalado la Corte Constitucional que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS E INSUMOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (HOY PLAN DE BENEFICIOS).

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), la Corte Constitucional, ha precisado⁵ que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ Sentencias T-034 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del PBS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

Por lo anterior, como lo resaltó la Sentencia T-017 de 2013⁶, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008⁷, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurran las siguientes condiciones:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

⁶ Sentencia T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁷ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que, a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD.

El artículo 44 de la Constitución Política estableció la preeminencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes respecto de las prerrogativas constitucionales de los demás, ello en atención a sus condiciones de indefensión y vulnerabilidad, las cuales suponen la necesidad de cuidado especial. En ese orden, estos derechos exigen de especial protección dadas las disposiciones previstas tanto en el ámbito internacional como en un Estado Social de Derecho.

Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su numeral 1 del artículo 3 estableció que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*; y en el artículo 3-2, determinó que *“los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

Asimismo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 19, estableció que los niños cuentan con una protección específica. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispuso, en su artículo 24-1, que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere y estas deben ser brindadas, tanto por su familia, como por la sociedad y el Estado.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha resaltado la importancia de los derechos fundamentales de los niños. Así, en sentencia C-507 de 2004 señaló que los derechos fundamentales de los niños se tratan de derechos de protección:

“Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección”, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cubre a todas las personas (...)”

En este sentido, en sentencia T-717 de 2011 la Corte recordó que *“...los derechos de protección en contraposición a los de libertad, le imponen al Estado obligaciones de hacer, respecto de la garantía de los mismos. Conforme a esto, se deben adoptar medidas tanto fácticas como normativas para lograr la efectiva salvaguarda de estos derechos”*.

En virtud de lo anterior, es necesario adoptar una serie de medidas a fin de garantizar su efectividad. Al respecto también se ha dicho en sentencia T-307 de 2006 y reiterada en la T089-18:

“Dentro de las medidas de carácter fáctico, dijo la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de los niños sean vulnerados. Dentro de las medidas de orden normativo, existen toda una serie de mandatos dirigidos a establecer normas especiales de protección, como aquellas orientadas a limitar la edad a partir de la cual los niños pueden realizar actividades de índole laboral.”

Ahora bien, el mismo artículo 44, la Constitución Política estableció, entre otros, los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores como derechos fundamentales. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, dada su condición de sujeto de especial protección, y en relación con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de los Niños, el compromiso de asegurar el más alto nivel posible de salud de los menores responde a que el interés del niño prevalece al momento de resolver cuestiones que le afecten. La Corte, desde sus inicios, estableció que:

“(...) el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política, lo cual significa para

lo que a este asunto interesa, que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la "cobertura" familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos (sic) tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta."

En ese mismo orden, se consideró que supeditar el derecho fundamental de una menor de edad, a un simple trámite administrativo ante un Comité Técnico Científico desplazaba el principio de interés superior de la niña.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que por Dr. EBRO RAFAEL VERDEZA PACHECO en calidad de Defensor Público adscrito a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, actuando como Agente Oficioso del menor de edad EMMANUEL PALENCIA ALANDETE, instauro acción constitucional contra: SURA E.P.S. por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y seguridad social consagrados en la Constitución Nacional.

Lo anterior, en ocasión a que manifiesta que el menor en condición de discapacidad EMMANUEL PALENCIA ALANDETE de cuatro (04) años de edad, tiene un diagnóstico del espectro autista, diagnosticado con: "AUTISMO EN LA NIÑEZ e HIPOTONÍA CONGÉNITA", motivo por el cual el día 26 de abril de 2023, tal y como consta en la orden médica anexa, el medico neurólogo pediatra epilepsia, en su plan para rehabilitarlo prescribió que por seis meses, una serie de terapias y se las realizan de lunes a viernes en el horario de 8 a 12 en la IPS NEUROESTIMULAR; y que SURA E.P.S., se niega autorizar transporte al menor EMMANUEL PALENCIA ALANDETE y a su acompañante, así como su tratamiento integral.

Por su parte indica SURA E.P.S., que la negativa del suministro de transporte obedecen a que se OPONE a las pretensiones de la acción de tutela que nos ocupa, no por capricho de la EPS, sino porque claramente lo solicitado no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, razón por la cual no corresponde solventar a su representada, precisamente por el PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD QUE LE ASISTE A LOS REPRESENTANTES (PADRES) del niño, principio que no es más que los afiliados asuman con su peculio los servicios excluidos del Plan de Beneficios en Salud.

De lo expuesto hasta ahora, deduce el despacho que el problema suscitado en torno a la atención medica del menor en condición de discapacidad, recae exclusivamente en la entidad promotora de salud al negar el servicio de transporte al niño en su condición y un acompañante por cuanto se evidencia por el diagnóstico del paciente, del espectro

autista, “AUTISMO EN LA NIÑEZ e HIPOTONIA CONGÉNITA”, trastornos generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo.

En este punto, es de resaltar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, en este sentido, requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados, como se avizora en el caso de marras, teniendo en cuenta que el paciente, es un niño y además de eso se encuentra en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta el diagnóstico del paciente, del espectro autista, “AUTISMO EN LA NIÑEZ e HIPOTONÍA CONGÉNITA” el trastorno generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo que padece.

En oportuno señalar que según los criterios de la jurisprudencia constitucional es procedente el cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), en los casos donde se demuestre que *“(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”*.

Además, si se comprueba que el paciente es *“totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”* y que requiere de *“atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”*, esta obligación también comprenderá la financiación del traslado de un acompañante.

5. El cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

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

De las pruebas evidenciadas en el libelo probatorio, se colige que es usuario en el régimen contributivo y en este momento registra estado activo, documenta que la madre se encuentra al cuidado del menor, y su padre devenga un sueldo mínimo, según lo informado en su escrito de tutela, su familia próxima no vive con ellos, así como soportes documentales que sustentan el enunciado de ausencia de ingresos adicionales constantes y fijos, para asumir los gastos de transporte para la realización de las terapias prescritas por el médico tratante.

La historia clínica y la solicitud de tutela se advierte que la accionante reside en carrera 21 # 15^a – 125 del barrio mi hábitat del municipio de Malambo Atlántico, diverso a la sede de IPS NEUROESTIMULAR ubicada en la calle 93 No. 42B1- 126, sector norte de la ciudad de Barranquilla, en la cual se le realizan las terapias de fonoaudiología, terapia

física, terapia psicológica y terapia ocupacional, las cuales tienen como objetivo mejorar su calidad de vida.

Existe una regla jurisprudencia que dictamina, le corresponde a la parte accionada desvirtuar la información suministrada por el actor. Es decir, al no haberse obtenido una información contraria a la indicada en la acción de tutela, es decir, una prueba que contravirtiera la manifestación del accionante acerca de la afectación de su derecho al mínimo vital como consecuencia de la negativa de los costos del transporte, surge como probado el enunciado de la incapacidad económica, en el caso concreto, en que el accionante, ni su familia nuclear no cuentan con los recursos para asumir los gastos de transporte, por pertenecer a un grupo poblacional catalogado como vulnerable, esto es clasificado con C7 VULNERABLE, según escala Sisben.

De no efectuarse el suministro del transporte, se puede suspender la asistencia a las terapias prescritas por el médico tratante, se ponen en riesgo la dignidad, y la integridad física del usuario, toda vez que la efectividad del tratamiento para mejorar e identificar el espectro en el que se encuentra, es la constancia y continuidad del tratamiento, en los términos de la prescripción médica.

Ahora bien, corresponde dictaminar a quien debe imponerle la responsabilidad del suministro del servicio de transporte, pues es evidente que, a la luz de los principios de accesibilidad al sistema y solidaridad del mismo, aunque los transportes no estén incluidos dentro del denominado PBS, son necesarios para llevar a cabo la terapia del paciente.

De hecho, debe tenerse presente que ha sido por la vía jurisprudencial que se han decantado las múltiples contingencias que se presentan entorno de este servicio y se ha determinado que el mismo deba estar a cargo de dichas entidades cuando se convierta en una barrera de acceso a la prestación efectiva del servicio de salud.

Tratándose de una condición neurológica que compromete su desarrollo sicomotor, es evidente que el accionante requiere una atención periódica, oportuna, continua y especializada para su tratamiento, dada la exposición a múltiples riesgos y complicaciones. En este sentido, pese a que no se dan los presupuestos para asumir que la EPS va a negar otros servicios, es necesario que esta actué de conformidad con los principios desarrollados a lo largo de este fallo.

Además, el agenciado es considerado un sujeto de especial protección constitucional y, por ende, goza de una protección reforzada al que se le debe asegurar que tenga toda la atención especializada que requiera, la cual, por la complejidad de su padecimiento, exige de valoraciones psicológicas y psiquiátricas por lo que imponerle el pago de cuotas moderadoras para su prestación, por las condiciones financieras que enfrentan, supone el cercenamiento de su derecho a acceder a los servicios de salud y de un componente fundamental para su tratamiento.

Al efecto, la Corte, en Sentencia T-207/20, con M.S. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, señaló que:

“...Para este Tribunal, es claro que los pagos moderadores cumplen un papel fundamental porque racionalizan el acceso a los servicios en salud. A través de ellos, cada vez que se prescribe un procedimiento, un insumo o un medicamento, el usuario debe hacer un aporte, de acuerdo con su capacidad económica, por virtud del principio de equidad. Su establecimiento hace sostenible el sistema, entre otras razones, porque con esas contribuciones lo solidifica financieramente y, al mismo tiempo, evita “desgastes innecesarios en la prestación del servicio”

A pesar de su funcionalidad e importancia, estos cobros no pueden impedir el acceso a los servicios médicos y es preciso tener en cuenta que “su exigencia puede tornarse gravosa cuando [los usuarios] no cuentan con el dinero para pagarlos y, por lo mismo, recibir el tratamiento, procedimiento o servicio requerido para el manejo de su enfermedad” Los copagos y las cuotas moderadoras, hacen parte de los “pagos moderadores” en el sistema y están consagrados en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, con el objetivo de racionalizar el acceso a los servicios médicos que ofrece el sistema. El Legislador estableció en el segundo inciso de dicha norma que “[e]n ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”. En consecuencia, la Ley 1122 de 2007 en el literal g) de su artículo 14, dispuso que “g) [n]o habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace”, y con ello configuró la clasificación en esta categoría socioeconómica como uno de los hechos capaces de eximir de los cobros de racionalización del sistema de salud a una persona, en razón de su estado de vulnerabilidad.

En consecuencia, el sistema abarca pagos moderadores, como regla general, pero ha dispuesto una serie de excepciones, entre las cuales se encuentra que el afiliado sea una persona perteneciente al régimen subsidiado, en el nivel I del SISBEN, caso en el cual no le es exigible el pago de estos costos...”

Es preciso resaltar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, en este sentido, requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados, como se avizora en el caso de marras, teniendo en cuenta que el paciente, es un infante y además de eso se encuentra en estado de vulnerabilidad, en razón al censo Sisbén lo cual lo identifica en una escala C7 de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta las patologías “AUTISMO EN LA NIÑEZ e HIPOTONIA CONGENITA” trastorno generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo que padece.

Además por el contenido expreso del Decreto 1652 de 2022 del Ministerio de Salud y Protección Social Artículo 2.10.4.9.” *Excepción del cobro de cuotas moderadoras y copagos para grupos poblaciones especiales. Además de las excepciones señaladas en los artículos 2.10.4.6 y 2.10.4.8 del presente decreto, se exceptúa del cobro de cuotas moderadoras y copagos, según corresponda, a los siguientes grupos poblacionales especiales:*

1.5. Los niños, niñas y adolescentes del Sisbén 1 y Z con discapacidades físicas, sensoriales y cognitivas, enfermedades catastróficas y ruinosas que sean certificadas por el médico tratante, respecto a los servicios y medicamentos de la parte especial y diferenciada del Plan de Beneficios estarán exceptuados del cobro de cuotas moderadoras y copagos, conforme lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 1438 de 2011 o las normas que los modifiquen o sustituyan.”

A fin de evitar la presentación de varias tutelas por la accionante contra la entidad accionada sobre el mismo marco fáctico, pero con pequeñas variantes, como en el caso de nuevos medicamentos, o tratamientos etc., en procura de que la acción constitucional ampare integralmente los derechos invocados por la accionante y su extensión sea acorde con los principios antropocéntricos que la rigen, teniendo en cuenta que la tutela no está limitada a la pretensión, no existiendo incongruencia o extralimitación del Juez constitucional, cuando las decisiones sobrepasen las peticiones, puesto que se deben decretar todas y cada una de las ordenes que protejan íntegramente los derechos de los pacientes, máxime cuando se trata de un paciente con una patología irreversible, se adelanta un tratamiento definido.

En suma, este despacho judicial modificará la decisión adoptada en primera instancia y en su defecto y amparará de manera integral los derechos del menor en condición de discapacidad.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, procederá el juzgado ha amparar los derechos depuestos por la parte accionante, en consideración a que, de no asistir el niño a las terapias, citas médicas o exámenes de diagnóstico que sean prescritos por el médico tratante para enfrentar su diagnóstico actual, se ponen en riesgo la salud del paciente, el cual requiere un tratamiento oportuno e integral derivado de la condición médica que padece, la cual afecta su dimensión física y neurológica.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito Mixto de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. MODIFICAR la sentencia de veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023), solo en su primer literal proferido EL JUZGADO SÉPTIMO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por el Dr. EBRO RAFAEL VERDEZA PACHECO en calidad de Defensor Público adscrito a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, instaure acción de tutela en como Agente Oficioso del menor de edad EMMANUEL PALENCIA ALANDETE, contra SURA E.P.S., el cual quedara así:

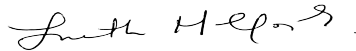
“...PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y vida digna del menor EMMANUEL PALENCIA ALANDETE, agenciado en esta causa por el Dr. EBRO

Página 16 de 17

RAFAEL VERDEZA PACHECO, en consecuencia, se le ordena a SURA EPS que, en el término de 48 horas, disponga de todo lo necesario para autorizar y/o suministrar el transporte que actualmente, y en lo sucesivo requiera para asistir a las terapias que sean prescritos por el médico tratante, derivados del diagnóstico DENTRO TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA, "AUTISMO EN LA NIÑEZ e HIPOTONIA CONGENITA", con el fin de brindarle una atención médica oportuna, y asimismo, que se le dé un tratamiento integral, por esta patología y mientras esta persista, así mismo, la exoneración de pagos de cuotas moderadoras en cualquiera de los servicios prestados en razón a su diagnóstico, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído..."

2. CONFIRMAR los numerales tercero y cuarto de la providencia.
3. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
4. ENVÍESE a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA