



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO MIXTO DE BARRANQUILLA

PROCESO IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN: 08001-4053-003-2024-00159-01

ACCIONANTE: MAILIN SALCEDO HOLGUIN, en representación de su hija menor CELESTE MARTINEZ SALCEDO

ACCIONADO: SURA E.P.S.

DERECHO: SEGURIDAD SOCIAL

Barranquilla, veintitrés (23) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha ocho (08) de marzo del dos mil veinticuatro (2024), proferido por EL JUZGADO TERCERO (03) CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la Dra. GLENDA DEL CARMEN ORDOÑEZ RODRÍGUEZ, en calidad de Defensor Público adscrito a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, quien actúa mediante poder conferido por la señora MAILIN SALCEDO HOLGUÍN, en representación de su hija menor CELESTE MARTINEZ SALCEDO, 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. MAILIN SALCEDO HOLGUIN - MADRE CABEZA DE FAMILIA, de 31 años, es progenitora de la niña CELESTE MARTÍNEZ SALCEDO, de 5 años, con diagnóstico de AUTISMO EN LA NIÑEZ y se encuentra vinculada en Salud en la EPS SURA, en Régimen Subsidiado; Estado ACTIVO y Tipo de Afiliado CABEZA DE FAMILIA. Al igual que su menor hija, pero esta tiene Tipo de Afiliado. BENEFICIARIO.

2 EL Diagnóstico de la menor CELESTE MARTÍNEZ SALCEDO, de 5 años, tiene Ordenes Constante de Terapias Integrales con diversos Especialistas, como: terapias integrales físicas, fonoaudiología, psicología, que esta Orden del 31-08-2023, dada por 6 meses, donde Ordenan Terapias Integrales, le realizaban a la niña Terapias, 3 veces o días a la semana, pero debido a que la tutelante no tiene dinero para el transporte solicito se la bajaran a 2 veces por semana, decisión en contra de su voluntad, porque, desea hacerle las terapias a su menor hija las veces que sean necesaria para su mejoría. Por otra parte, esta Orden debía terminar de cumplirse este mes, ya que, los 6 meses vencen en febrero de 2024, NO obstante, por factor dinero, la Tutelante no ha podido cumplir el ciclo, por lo que se ha dilatado el periodo o termino, y en vez de estar realizando por la 6ta sesión, va por la 3ra sesión, por no tener para el Transporte, para cumplir cabalmente con las citas varias de su menor hija, lo que la deprime, estresa y afecta en su salud, ya que, es una madre dedicada al trabajo y compromiso para la mejoría de su menor hija. Es decir, que la sexta sesión terminara en el mes de mayo de 2024. Tanto es el sacrificio de la progenitora de la NNA CELESTE, que los días de terapia de la menor, la lleva a la IPS NEURO XTIMULAR IPS, ubicada en la Cr 43B No.

85-81 de 8:00 am a 12:00 pm y se queda esperando a la niña en la Esquina de la IPS, por no tener dinero para devolverse a su casa, luego que el Taxi le cobra \$20.000.00 y \$20.000.00 de regreso, es decir, invierte \$40.000.00 diarios cada que le toca terapias a su menor hija. Los cuales muchas veces ha prestado o presta diario con alto intereses por su interés de que su menor hija cumpla con sus Terapias y demás llamados que la EPS – IPS hacen a la menor. Por lo que, cada que le toca Terapias a la NNA CELESTE, la Tutelante la espera 4 horas en la esquina de la IPS, por no tener manera de irse a su casa y regresar. Lo más triste es, que la niña por no entender la crítica situación de su Progenitora al momento de salir forma pataletas por merienda.

3. Que, en el marco de dicho tratamiento, la menor CELESTE, de 5 años, debe asistir a varias y frecuentes citas médicas, controles con especialistas, estudios, Terapias, pruebas diagnósticas, exámenes de laboratorio, retiros de medicamentos, etc. Y no cuenta con TRANSPORTE, y su Progenitora NO desempleo no puede costearlos. Que todos los servicios recomendados por el médico tratante de la menor CELESTE, de 5 años, como citas médicas, controles con especialistas, estudios, Terapias, pruebas diagnósticas, exámenes de laboratorio, son trascendentales para el desarrollo de su tratamiento, y para acudir a cada uno de ellos, la menor requiere TRANSPORTE.

4. Señaló que, Que desesperada la accionante solicito a la Defensoría del Pueblo la apoyara para lograr tratamiento integral de parte de la EPS a su menor hijo y TRANSPORTE para acudir a las Terapias, Citas Médicas, Controles Con Especialistas, Estudios, Pruebas Diagnósticas, Exámenes De Laboratorio, ya que, estas son trascendentales para el desarrollo de su tratamiento, y para acudir a cada uno de ellos, él requiere TRANSPORTE. Que la Sra. MAILIN SALCEDO HOLGUIN – MADRE CABEZA DE FAMILIA, es apoyada por el Progenitor de su menor hija CELESTE, de 5 años, Sr. FELIX ARTURO MARTINEZ COVILLA – CC 11295575308, quien paga mensualmente el canon de arriendo donde reside ella con su menor hija, por valor de \$800.000.00 mensual (El Canon de Arriendo Incluye los Servicios Publico). Y, además le da una cuota mensual de \$500.000.00. Que la Sra. MAILIN SALCEDO HOLGUIN – MADRE CABEZA DE FAMILIA, presenta una situación económica difícil por no laborar de manera formal, ni generando ingresos informales de ninguna clase, por lo que no posee los recursos dinerarios o económicos necesarios para los gastos que conllevan la enfermedad que padece su menor hija CELESTE, de 5 años, como tampoco para sufragar los costos que conllevan los servicios de TRANSPORTE para Trasladarla continuamente a sus controles con Especialistas, Estudios, Terapias, Pruebas Diagnósticas, Exámenes de Laboratorio, etc. Es decir, la accionante, NO se encuentra en posición económica que le permita sufragar los costos que acarrea el TRANSPORTE que debe tomar junto con su menor hija “TAXI” por el diagnóstico de la menor para cumplir los numerosos compromisos médicos que tiene (Terapias constantes semanales, Citas Médicas con Especialistas, retiro de medicina, etc.). (...)

5. Que, por las condiciones económicas del hogar de la accionante, se requiere que SURA EPS, le garanticen el TRANSPORTE en Pro de la menor CELESTE MARTÍNEZ SALCEDO, de 5 años, y que los MEDICAMENTOS SEAN LLEVADOS A DOMICILIO, así mismo que no le generen a la accionante tramites innecesarios o que no le correspondan que le genere gastos que no puede asumir por su condición económica descrita, ya que se agravaría más la situación de la Tutelante.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que “...solicitó el amparo de los derechos fundamentales de la menor CELESTE MARTINEZ SALCEDO; como consecuencia, se garantice su acceso al servicio de salud de forma integral, la prestación del servicio de transporte desde su domicilio hasta las entidades e instituciones de salud en las que deba ser atendida, la entrega de medicamentos, la exoneración de copagos, cuotas moderadoras/cuotas de recuperación, en atención a su condición de salud diagnosticada como Autismo en la Niñez...”

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el veintitrés (23) de febrero de dos mil veinticuatro (2024), por EL JUZGADO TERCERO (03) CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BARRANQUILLA, ordenándose la notificación de la accionada y la vinculación de IPS NEURO ESTIMULAR I.P.S. y TRABAJEMOS JUNTOS IPS S.A.S; a fin de que se pronunciara sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

SURA E.P.S., a través de HOLGER AUGUSTO ALFONZO FLOREZ, en su calidad de Representante Legal Judicial manifestó: “...la actora es una paciente de 4 años, que presenta antecedentes de trastorno del espectro autista, en manejo integral con equipo multidisciplinario quienes realizan controles clínicos, estudios de laboratorio, imágenes, pruebas, tratamiento medicamentoso y no medicamentoso, todos los servicios autorizados y prestados por EPS Sura con calidad, oportunidad y seguridad con el objeto de minimizar los riesgos en salud propios de la enfermedad, en cumplimiento a la normatividad vigente en salud y a lineamientos del ministerio de salud. Cuenta con valoración por neurología pediátrica, informa se encuentra escolarizado, marcha independiente sin ayuda, ordena continuar con plan de terapias de rehabilitación las cuales recibe de forma sucesiva desde el año 2021 con asistencia a las mismas. Se informa que, los servicios solicitados no cuentan 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, terapias se vienen prestando NEUROXTIMULAR. Sin embargo, se informa que cuentan con una red de prestadores especializadas para realizar la atención integral en este tipo de terapias, la cual es conformada por variadas instituciones y la madre de la actora deberá escoger la más cercana para reducir sus gastos de transporte. En cuanto a la solicitud de exoneración de copagos y cuotas moderadoras guardó silencio. Finalmente, no se encuentran vulnerando derecho fundamental alguno de la parte accionante, y por tanto solicitó se declare improcedente la acción de tutela, puesto que su actuación ha sido bajo el cumplimiento de los parámetros legales y constitucionales establecidos...”

NEUROXTIMULAR I.P.S., a través de STELLA MARIA GONZALEZ PULGAR, en su calidad de Representante Legal manifestó: “...la menor CELESTE MARTINEZ SALCEDO, es una de sus pacientes en procesos de terapias desde el mes de noviembre del 2023, hasta la actualidad, se trabaja el enfoque cognitivo y conductual con 32 sesiones al mes, cumpliendo un horario de 2 días a la semana de 8 am-10:00 am. El tratamiento se realiza según prescripción médica por diagnóstico de F840-Autismo en la niñez...”

TRABAJEMOS JUNTOS IPS S.A.S., a pesar de ser debidamente notificadas por el Juzgado de primera instancia, no recorrió el traslado conferido guardando silencio frente a los hechos que dieron lugar a la presente acción.

Posterior a ello, el ocho (08) de marzo del dos mil veinticuatro (2024), 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 ocho (08) de marzo del dos mil veinticuatro (2024), por EL JUZGADO TERCERO (03) CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BARRANQUILLA, decidió conceder el amparo de los derechos depuestos por la parte accionante, en ocasión a que: *“...En ese sentido, reitera el despacho que la menor actora, es un sujeto de doble especial protección constitucional (niña en situación de discapacidad, acreditado y reconocido por la E.P.S SURA), y por la manifestada incapacidad económica de su familia para afrontar los gastos de su diagnóstico, deben gozar del derecho a la salud de manera plena, incluido el suministro de los medios adecuados para transportarse desde su lugar de residencia, hasta los centros de servicios médicos donde la niña requiera la atención médica integral, por ello, para el acceso al servicio salud integral. Por consiguiente, considera el Despacho que la E.P.S SURA deberá garantizar el servicio de transporte para ella y su acompañante, desde el lugar de residencia hasta las entidades prestadoras de los servicios...”*

VI. IMPUGNACION

La parte accionada a través de su Representante Legal manifestó su inconformidad en los siguientes términos: *“...Debe considerar el despacho que ni el juez, ni accionante, ni nosotros somos médicos, es decir, no es posible autorizar algo que no esté debidamente caracterizado, examinado y respaldado por los profesionales formados y autorizados para ello por los legisladores –Ley 23 de 1981 y Ley 100 de 1993-. De igual manera, el despacho debe tener presente que la modalidad de atención, los servicios, procedimientos, terapias, medicamentos e insumos requeridos por un paciente son ordenados dentro de un acto médico, donde el profesional de la salud, de acuerdo con el examen físico, antecedentes personales, condición actual de salud, entre otros factores evaluados en la consulta o en servicios de urgencias y hospitalarios, determina la conducta médica a seguir. Corresponde subrayar que en ningún momento EPS SURA le ha negado el acceso a los servicios de salud a los que tiene derecho. Al contrario, hemos autorizado prestaciones que le han ordenado sus médicos tratantes, de conformidad con las coberturas del PBS y a las que da derecho el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Respecto a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras de la patología del afectado, indicamos que no es posible acceder de manera favorable, debido a que los montos y la aplicación de los copagos y cuotas moderadoras, se realiza en cumplimiento de lo dispuesto por la normatividad legal vigente, especialmente el Acuerdo 260 de 2004, Ley 1388 de 2010 y la Resolución 5269 de 2017. Además, no existe actualmente una normativa...”*

VII. PROBLEMA JURIDICO

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, de la menor CELESTE MARTINEZ SALCEDO, quien se encuentra representada por su señora madre MAILIN SALCEDO HOLGUIN, a través de Defensor Público, adscrito a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, al no autorizar y suministrar a la niña y a un acompañante el transporte para asistir a las terapias de rehabilitación, citas, valoraciones, consultas, procedimientos médicos y demás prescripciones médicas, no solo en el

presente, sino también en el futuro, hasta que su patología lo genere, para mejorar su calidad de vida, evitar perjuicio en la salud y vida del paciente?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 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

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.

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 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.

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

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

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 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

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

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

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

proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren 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”.

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 la Dra. GLENDA DEL CARMEN ORDOÑEZ RODRIGUEZ, en calidad de Defensor Público adscrito a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, quien actúa mediante poder conferido por la señora MAILIN SALCEDO HOLGUIN, en representación de su hija menor CELESTE MARTINEZ SALCEDO, 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

Lo anterior, en ocasión a que manifiesta que su menor hija de 05 años de edad, tiene un diagnóstico AUTISMO EN LA NIÑEZ, por lo que viene siendo tratado en la IPS NEURO XTIMULAR IPS; y que SURA E.P.S., se niega autorizar transporte a la menor CELESTE MARTINEZ SALCEDO 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) de la menor, 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 médica de la menor en condición de discapacidad, recae exclusivamente en la entidad promotora de salud al negar el servicio de transporte a la menor en su condición y un acompañante por cuanto se evidencia por el diagnóstico del paciente, del AUTISMO EN LA NIÑEZ, 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 la protección inmediata 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 ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta el diagnóstico del paciente, "AUTISMO EN LA NIÑEZ" 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 usuaria en el régimen subsidiado y en este momento registra estado activo, documenta que es madre soltera, la cual no devenga sueldo alguno, según prueba anexada en el libelo probatorio, 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 la Cra 17 No. 63C-122 del Buena Esperanza de Barranquilla Atlántico, diverso a la sede de la IPS NEURO XTIMULAR ubicada en la CARRERA 43B N° 85-81, 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 controvirtiera 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 una verdad probatoria consistente, en el caso concreto, en que el accionante, ni su familia nuclear, cuentan con los recursos para asumir los gastos de transporte, por pertenecer a un grupo poblacional catalogado como vulnerable.

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.

Es preciso resaltar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los infantes en condición de discapacidad son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición en la Constitución Nacional de Colombia, 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 menor y además de eso se encuentra en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta las patologías trastorno generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo que padece en razón a su dictamen del espectro autista.

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, por los anteriores argumentos, colige el despacho que no existe otra vía, sino la confirmación del proveído impugnado.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, procederá el juzgado ha confirmar los derechos depuestos por la parte accionante, en consideración a que, de no

asistir la menor 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. CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha ocho (08) de marzo del dos mil veinticuatro (2024), proferido por EL JUZGADO TERCERO (03) CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la Dra. GLENDA DEL CARMEN ORDOÑEZ RODRIGUEZ, en calidad de Defensor Público adscrito a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, quien actúa mediante poder conferido por la señora MAILIN SALCEDO HOLGUIN, en representación de su hija menor CELESTE MARTINEZ SALCEDO, en contra de SURA E.P.S., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
3. ENVÍESE a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA