

REPUBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE CLEMENCIA
Veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO	13-222-40-89-001-2020-00098-00
ACCIONANTE	SOPHIA VICTORIA FRIAS MONTALVAN
AGENTE OFICIOSO	PERSONERIA MUNICIPAL DE CLEMENCIA
ACCIONADO	COOSALUD EPS
INSTANCIA	PRIMERA
DECISIÓN	TUTELA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.

1. ASUNTO:

Procede el Despacho a resolver sobre la acción de tutela incoada por el señor PERSONERO MUNICIPAL DE CLEMENCIA, a favor de la menor SOPHIA VICTORIA FRIAS MONTALVAN, contra COOSALUD E.P.S., con el objetivo que se amparen los derechos fundamentales a la salud y vida digna de su agenciada.

2. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA ACCIÓN:

2.1. Informa la parte accionante que, ante la personería se acercó la señora NEY LUZ FRIAS MONTALVAN, identificada con la cedula de ciudadanía No. 22.799.985, expedida en Cartagena, Bolívar, Actuando en nombre de su menor hija SOPHIA VICTORIA FRIAS MONTALVAN, a presentar queja formal en contra de la E.P.S. COOSALUD.

2.2. Manifiesta la señora NEY LUZ FRIAS MONTALVAN que llevo a su hija SOPHIA FRIAS MONTALBAN a cita de medicina genética el día 27 de enero de 2020, con la doctora RITA IRIS ORTEGA RICO, la cual valoró y formuló un procedimiento de ESTUDIO MOLECULAR DE ENFERMEDADES; posterior a ello se acercó a la EPS COOSALUD, para que le fuera entregada la autorización para el mencionado estudio y hasta la fecha de la presentación de la tutela no se le ha hecho entrega.

2.3. La paciente es una niña de cuatro (4) años de edad, con necesidad de realización de hidratación genómica para confirmar o descartar síndrome genético, necesario previamente para tratamiento con hormona de crecimiento. El estudio por genética es de carácter prioritario y urgente.

3. PRETENSIONES

El señor PERSONERO MUNICIPAL DE CLEMENCIA, a favor de la menor SOPHIA VICTORIA FRIAS MONTALVAN, solicita se sirva ordenar a la EPS COOSALUD, que realice la entrega de autorizaciones para estudio MOLECULAR DE ENFERMEDADES y/o HIBRIDACION GENOMICA, para confirmar o descartar síndrome genético, en clínica que cuente con dicha especialidad, en cualquier parte del territorio.

Así mismo, solicita ordenar a la ESP que realice asignación de auxilio de transporte, viáticos y estadía, tanto para la menor como el de su acompañante e insumos de bioseguridad que se requieran, a la mayor brevedad posible.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

El libelo tutelar fue admitido con proveído calendado 8 de septiembre de 2020; siendo enterados mediante oficio N° 0610 al ente accionado, oficio N° 0610 el accionante, todos de fecha 8 de septiembre de la presente anualidad.

La accionada emitió respuesta el día 10/09/2020.

El día 15/09/2020, se decretó prueba de oficio, requiriendo a la accionada que presente nuevo informe manifestando si le fue asignada cita a la menor para la realización de los exámenes; igualmente, se ordenó oficiar a la parte accionante, Personería Municipal, con el fin de que informara si tenía conocimiento de la prestación del servicio de salud requerido.

Con memorial de fecha 16/09/2020, la entidad accionada EPS COOSALUD presentó respuesta a la solicitud del Despacho.

Con memorial de fecha 17/09/2020, la Personería Municipal de Clemencia, emitió respuesta a la solicitud de prueba de oficio.

En fecha 17/09/2020, se dejó Constancia Secretarial, por parte del secretario de este Juzgado, referente a que se contactó directamente a la señora NEY LUZ FRÍAS MONTALVÁN, madre de la menor SOPHIA VICTORIA FRIAS MONTALVAN sobre la solicitud de autorizaciones y cita para estudio en la UNIDAD DE PATOLOGIA CLINICA DR. ALEX TEJADA MEDICAL.

Finalmente, el 21/09/2020, se dejó constancia, de la prestación del servicio de salud requerido por la niña SOPHIA, confirmado por su madre vía llamada telefónica.

5. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Con memorial de fecha 10 de septiembre de 2020, presentó respuesta la accionada informando que, se desplegaron las actuaciones administrativas necesarias para garantizar la asignación efectiva de cita para el estudio molecular de enfermedades (hibridación genómica comparativa de alta resolución) esta sería realizada por el prestador de servicio UNIDAD DE PATOLOGIA CLINICA DR. ALEX TEJADA, para constancia se aporta cotización del servicio remitida por dicha institución, posteriormente se indicaría al Despacho día y hora de la cita; además alega que garantizarán el reembolso de gastos de transporte para el desplazamiento de la menor y su madre a la cita.

Luego, en memorial de fecha 16 de septiembre de los cursantes, consecuencia de la prueba de oficio decretada, manifiesta la accionada que, le fue informado a la señora NEY LUZ FRÍAS MONTALVÁN, madre de la menor, que el horario de toma de muestras en la IPS UNIDAD DE PATOLOGIA CLINICA DR. ALEX TEJADA comprende de lunes a miércoles 07:00 am a 08:30 am, por lo cual no es necesaria la asignación de cita y puede acudir cuando considere pertinente e informe a COOSALUD EPS para llevar a cabo la debida asignación de gasto de Transporte.

En el mismo orden de ideas, informa que la señora NEY LUZ FRÍAS MONTALVÁN a través del abonado telefónico 3043948456, manifestó que no ha llevado a la menor SOPHIA FRIAS MONTALVAN debido a que se encuentra enferma y no cuenta con otra persona o familiar que pueda llevar a la menor para la realización del servicio de salud requerido.

Finalmente, afirma que las razones por las que no se ha llevado a cabo el procedimiento requerido por la menor son por motivos fuera de la esfera de control de COOSALUD, quien ha realizado las actuaciones administrativas que le correspondían; en consecuencia, solicita no tutelar el derecho y/o declarar improcedente la presente acción de amparo, por hecho superado.

6. RESPUESTA DE LA PARTE ACCIONANTE

Consecuente con la prueba de oficio decretada, respondió la Personería Municipal el día 17 de septiembre 2020 que, la señora NEY LUZ FRIAS MONTALVAN fue contactada de manera telefónica el día 10/09/2020 por parte del promotor de EPS COOSALUD, señor LUIS BATISTA, quien le informa que debe trasladarse a la UPC (Unidad de Patología Clínica) Dr. ALEX TEJADA, Cartagena Bolívar, para que la señora asistiera con la menor SOPHIA FRIAS MONTALVAN, a la realización del ESTUDIO MOLECULAR DE ENFERMEDADES, pero no le fue posible asistir con la infante, dejando claridad que la falla fue por parte de ella, toda vez que, **no cuenta con los recursos necesarios para el traslado tanto de ella como de su menor hija.**

7. CONSTANCIA SECRETARIAL

Según lo manifestado por el secretario de este Despacho Judicial, en Constancia Secretarial, el día 17 de septiembre del 2020, se comunicó vía telefónica (3043948465) con la señora NEY LUZ FRIAS madre de la menor SOPHIA, la cual informó que fue llamada

efectivamente a asistir a cita médica, con la IPS UNIDAD DE PATOLOGIA CLINICA DR. ALEX TEJADA, por parte de EPS COOSALUD, pero por tener problemas de salud, además de no tener para el transporte no pudo asistir; luego fue informada por COOSALUD que sería recogida junto con la menor SOPHIA para esta cita el día lunes 21 de los cursantes, informó además, su difícil situación económica, que le es muy difícil el acceso a citas médicas en Cartagena, ya que, ella vive de hacer y vender fritos de manera ambulante, es madre soltera de tres hijos y ha tenido que usar el dinero de su trabajo para llevar a la niña a las citas médicas en Cartagena.

El día 21 de septiembre del año en curso, nuevamente se deja constancia secretarial, referente a que, por llamada telefónica el Despacho se contactó a la señora NEY LUZ FRIAS MONTALVAN, madre de la niña SOPHIA, quien informó que se le realizó el examen genético requerido, igualmente que COOSALUD EPS, suministró el transporte ida y regreso, Clemencia – Cartagena y viceversa, para que se pudiera realizar el examen; no obstante, la señora FRIAS MONTALVAN expresa preocupación, ya que, los resultados serán entregados en 20 días y no tiene dinero para seguir transportándose hasta Cartagena, si se requieren controles para su menor hija.

8. PRUEBAS

De la parte accionante:

- ✓ Copia de la cédula de ciudadanía de la señora NEY LUZ FRIAS MONTALVAN.
- ✓ Copia del registro civil de nacimiento de la niña SOPHIA FRIAS.
- ✓ Ordenes Médicas de fecha 27/01/2020 de la menor SOPHIA FRIAS MONTALVAN, emitidas por parte de la doctora RITA IRIS ORTEGA RICO.
- ✓ Historia Clínica de la menor SOPHIA VICTORIA FRIAS MONTALVAN.
- ✓ Evolución de Consulta Externa Napoleón Franco Pareja de fecha 13 de agosto del 2020.

De la parte accionada:

- ✓ Copia de formato de solicitud de cotización de fecha 10 de septiembre de 2020, para examen HIBRIDACIÓN GENOMICA COMPARATIVA DE ALTRA RESOLUCIÓN.

De oficio:

- ✓ Consulta de afiliación en ADRES de la niña SOPHIA VICTORIA FRIAS MONTALVAN.
- ✓ Consulta de afiliación en ADRES de la señora NEY LUZ FRIAS MONTALVAN.

9. CONSIDERACIONES

9.1. Competencia.

El juzgado es competente para conocer y decidir en primera instancia la presente acción de tutela al tenor de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º (numeral 1, inciso 3º) del Decreto 1382 de 2000 y 1983 de 2017; no se observan nulidades o irregularidades que puedan viciar lo actuado y tampoco se observa la necesidad de decretar pruebas de oficio.

9.2. Procedibilidad de la acción de tutela.

9.2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con la norma superior, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991¹, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

¹Ibidem.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por el señor PERSONERO MUNICIPAL DE CLEMENCIA, actuando en representación de la niña SOPHIA FRIAS MONTALVAN, en razón de la norma transcrita se encuentra legitimado en la causa por activa.

9.2.2. Legitimación pasiva.

COOSALUD EPS está legitimada en la causa como parte pasiva, en la medida en que se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda. Por tratarse de entidad de carácter privado encargadas de la prestación del servicio público de salud, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 y el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991², esta acción es procedente en su contra.

9.2.3. Inmediatez y subsidiariedad.

Para el momento en que se instauró la acción de tutela aún se mantenía la omisión por parte de la demandada de realizar el procedimiento requerido por la accionante. En este mismo orden, tratándose de prestaciones que deben ser suministradas de manera continua en salud, la afectación a los derechos fundamentales se renueva y vuelve a acontecer en los eventos en los que no se ejecuta la atención requerida, habida cuenta que la prestación es exigible a cada momento o, en otras palabras, cuando surge la necesidad de la misma. Por consiguiente, se entiende que el requisito de inmediatez se cumple para este caso³.

En lo que atañe al requisito de subsidiariedad, la Corte Constitucional ha afirmado que, a pesar de que los usuarios cuentan con un mecanismo, en principio, idóneo y eficaz, para la protección de sus derechos ante la Superintendencia, se ha concluido que la estructura de su procedimiento tiene falencias graves que han desvirtuado su idoneidad y eficacia⁴; con fundamento en ello, se considera que, el caso *sub judice* amerita la intervención y protección directa del juez constitucional, por encontrarse la parte actora en una situación de vulnerabilidad, se trata de una niña de a penas cuatro años de edad (sujeto de especial protección constitucional) a cargo de su madre, quien afirmó ser madre cabeza de familia, ambas pertenecen al régimen subsidiado de salud. Se entiende también cumplido el requisito de subsidiariedad.

9.3. Problema jurídico.

El tema que será objeto de estudio por esta Judicatura, en la presente acción constitucional se concreta en el siguiente interrogante: *¿en la actualidad existe vulneración de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la niña SOPHIA FRIAS MONTALVAN, por parte de COOSALUD EPS, frente a la prestación del servicio de salud requerido, concretamente estudio genético ordenado por el médico tratante? ¿Es necesario otorgar auxilio de transporte por la accionada, con el fin de garantizar la continuidad del servicio de salud a la niña?*

9.4. Tesis del Despacho.

El Despacho considera que existe carencia actual de objeto por hecho superado frente a la práctica del estudio genético; no obstante, se requiere emitir acciones afirmativas para evitar que se vuelva a poner en riesgo la salud de la niña SOPHIA FRIAS MONTALVAN, esto es, ordenar el suministro de auxilio de transporte, veamos:

9.5. SUSTENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

9.5.1. Derecho fundamental a la salud.

El **artículo 49 de la Constitución Política** establece que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, siendo este quien organice, dirija y reglamente la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental, de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Es así, como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha reiterado que la **salud tiene una doble connotación**, pues se trata de un derecho autónomo y un servicio público esencial obligatorio⁵.

La jurisprudencia constitucional⁶ y la Ley 1751 de 2015⁷, han establecido que la salud es un

²Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

³ Sentencia T-439 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-309 y T-253 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; y T-2018 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

⁵ Sentencias SU-124 de 2018, T-361 de 2014, T-544 de 2002, T-134 de 2002.

⁶ Ver Sentencia T-859 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett). En esa ocasión la Corte acudió a los criterios dogmáticos establecidos en la Sentencia T-227 de 2003 para resolver que el derecho a la salud es fundamental. Se dispuso que son derechos fundamentales: “(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo””. La tesis del derecho a la salud como fundamental fue sistematizada en la Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y reiterada en las Sentencias T-820 de 2008 (MP. Jaime Araujo Rentaría), T-999 de 2008 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-184 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-321 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), T-311, T-214 de 2012, T-176 de 2014 y T-331 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

derecho fundamental que se define como "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser"⁸. Al mismo tiempo, se ha indicado que tal derecho se debe garantizar en condiciones de dignidad dado que su materialización resulta indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Como tratados y convenios internacionales en los que se reconoció el derecho a la salud, se destaca el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC**, en el que se consagró como derecho el "disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"⁹. Así mismo, la **Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, que le sirvió a la Corte Constitucional como fundamento para el reconocimiento del derecho a la salud como fundamental; habida consideración que, en esta observación se consagró a la salud como "un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos".¹⁰ En este sentido, señaló que debe existir un sistema de protección que tenga como objetivo garantizar a las personas iguales oportunidades para poder disfrutar del derecho a la salud; en sus palabras, es "un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud".¹¹

Ahora bien, a pesar de considerarse a la salud como un derecho fundamental, este no puede ser entendido como un derecho sin límite alguno, pues su materialización se encuentra limitada a los recursos del Estado, disponibles para la prestación de dicho servicio. Por este motivo, el Comité estableció cuatro criterios esenciales para garantizar un nivel mínimo de satisfacción del derecho, los cuales son: (i) disponibilidad, (ii) accesibilidad, (iii) aceptabilidad y (iv) calidad. Como estos conceptos pueden tener una definición muy amplia, el Comité indicó que corresponde a cada Estado concretar e implementar el contenido de cada uno de los elementos antes señalados, a través de su legislación interna; como se realizó en Colombia a través de la Ley 1751 de 2015 y las resoluciones 5267 y 5269 de 2018, expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En la **Ley 1751 de 2015** se concretó el desarrollo jurisprudencial que hubo en relación con el derecho a la salud. Es en esta ley en la que se consagró el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable.

9.5.2. El cubrimiento de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante. Reiteración jurisprudencial (sentencia T-259/2019).

En la citada jurisprudencia, señaló el Tribunal Constitucional Colombiano, lo siguiente:

4.1. Transporte. Según la Ley 1751 de 2015, artículo 6º, literal c, "(l)os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la **accesibilidad física**, la asequibilidad económica y el acceso a la información" (Resaltado propio). En concordancia, el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, si bien no constituyen servicios médicos¹², lo cierto es que sí constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.

Resulta importante diferenciar entre el transporte intermunicipal (traslado entre municipios) e interurbano (dentro del mismo municipio)¹³. En relación con lo primero, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 5857 de 2018-“Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, el cual busca que “las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el **acceso** a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución” (Resalta la Sala).

Bajo ese entendido, dicha Resolución consagró el Título V sobre “transporte o traslado de

⁸ La Ley 1751 de 2015, en su artículo 2º, dispone que el derecho a la salud es fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

⁹ Ver Sentencias T-597 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-454 de 2008 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-566 de 2010, T-931 de 2010, T-355 de 2012, T-176 de 2014, T-132 y T-331 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Diciembre 16 de 1966. Ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968: “Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” Este artículo fue desarrollado en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – CDESC.

¹¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículos 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Noviembre de 2002. párrafo 1.

¹² Ibídem, párr. 9.

¹³ Sentencia T-074 de 2017 y T-405 de 2017.

¹⁴ Sentencia T-491 de 2018.

pacientes", que en el artículo 120 y 121 establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes por estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), con cargo a la UPC. En términos generales "el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente **se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS**"¹⁴ (Resaltado propio).

Siguiendo lo anterior, en principio el paciente únicamente está llamado a costear el servicio de transporte cuando no se encuentre en los eventos señalados en la Resolución 5857 de 2018¹⁵. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que cuando el servicio de transporte se requiera con necesidad y no se cumplan dichas hipótesis, los costos de desplazamiento no se pueden erigir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante. Por consiguiente, "es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS" (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

En consideración a lo anterior se han establecido las siguientes **SUBREGLAS** que implican la obligación de acceder a las solicitudes de transporte intermunicipal, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018:

- "i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente"¹⁶.
- ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.
- iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

En relación con el transporte intramunicipal, esta Corporación ha evidenciado que "no se encuentran incluidos expresamente en el PBS con cargo a la UPC", por consiguiente, cuando el profesional de la salud advierta su necesidad y verifique el cumplimiento de los requisitos señalados en los anteriores párrafos, deberá tramitarlo a través del procedimiento de recobro correspondiente¹⁷.

(...)

4.3. Transporte, alimentación y alojamiento para un acompañante. En algunas ocasiones el paciente necesita un acompañante para recibir el tratamiento médico. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando (i) se constate que el usuario es "totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento"; (ii) requiere de atención "permanente" para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado¹⁸.

4.5. Financiación. Según la Resolución 5857 de 2018, artículo 121 "(e)l servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención descrita en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica". Por consiguiente, el traslado de pacientes ambulatorios desde su lugar de residencia hasta el lugar de atención está incluido en el PBS, "con cargo a la prima adicional por dispersión establecida sobre la unidad de pago por capitación para algunas zonas geográficas"¹⁹.

Bajo ese entendido, esta Corporación ha establecido **DOS SUBREGLAS**: (i) "en las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro"²⁰; (ii) "en los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagarán por la unidad de pago por capitación básica"²¹. Estas mismas subreglas se aplican a los viáticos, teniendo en consideración que son necesarios por iguales razones del traslado²². Puntualmente, se ha precisado que "tanto el transporte como los viáticos serán

¹⁴ Sentencia T-491 de 2018.

¹⁵ Sentencia T-491 de 2018.

¹⁶ Sentencia T-769 de 2012.

¹⁷ Sentencia T-491 de 2018.

¹⁸ Sentencias T-154 de 2014; T-674 de 2016; T-062 de 2017; T-032, T-163, T-196 de 2018 y T-446 de 2018, entre otras.

¹⁹ Sentencia T-405 de 2017.

²⁰ Sentencia T-405 de 2017.

²¹ Sentencia T-405 de 2017.

²² Sentencias T-405 de 2017 y T-309 de 2018.

cubiertos por la prima adicional en áreas donde se reconozca este concepto; sin embargo, en los lugares en los que no se destine dicho rubro se pagarán con la UPC básica”²³.

9.5.3. Hecho superado.

La Corte Constitucional a través de sus Salas de Revisión, se ha pronunciado en múltiples ocasiones respecto de lo que se debe entender por hecho superado. Recientemente (sentencia T-038-19), ese Tribunal Constitucional manifestó que:

“CARENCE ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío”

“CARENCE ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que, como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocuo cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado.”

9.5.4. Facultades extra y ultra petita del juez constitucional (sentencia T-015/2019).

Dado el carácter informal de la acción de tutela y como quiera que su objetivo es la materialización efectiva de los derechos fundamentales que estime comprometidos el juez al valorar la situación que se le puso en conocimiento, y a través de ella guarda la integridad y la supremacía de la Constitución, la Corte ha admitido que este resuelva los asuntos sin ceñirse estricta y forzosamente (i) a las situaciones de hecho relatadas en la demanda²⁴; (ii) a las pretensiones del actor²⁵; ni (iii) a los derechos invocados por este, como si tendría que hacerlo en otro tipo de causas judiciales.

Es el juez quien debe (i) establecer los hechos relevantes y, en caso de no tenerlos claros, indagar por ellos; (ii) adoptar las medidas que estime convenientes y efectivas para el restablecimiento del ejercicio de las garantías *ius fundamentales*; y (iii) precisar y resguardar todos los derechos que advierta comprometidos en determinada situación²⁶. Al hacerlo e ir más allá de lo expuesto y lo pretendido en el escrito de tutela, el juez emplea facultades *ultra y extra petita*²⁷, que son de aquellas “facultades oficiosas que debe asumir de forma activa, con el fin de procurar una adecuada protección de los derechos fundamentales de las personas”²⁸.

El uso de tales facultades, no solo implica una posibilidad para el juez de tutela, pues está obligado a desplegarlas cuando el asunto en cuestión lo amerita.

9.6. Caso concreto.

El señor Personero Municipal de Clemencia, interpuso acción de tutela para que se protegieran los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la niña SOPHIA FRIAS MONTALVAN, los cuales estimó vulnerados porque la entidad accionada hasta la fecha de presentación de la tutela, no había materializado la orden para procedimiento que requería con urgencia la menor, emitida por el médico tratante. Igualmente se solicitó la asignación de auxilio de transporte.

Así las cosas, tenemos que el médico tratante ordenó practicar a la niña SOPHIA, Estudio Molecular de Enfermedades – Hibridación genética de alta resolución y consulta de control o de seguimiento por medicina especializada (orden del 27/01/2020).

En el desarrollo del trámite impartido a la acción constitucional, la entidad accionada, COOSALUD EPS, logró acreditar los trámites administrativos desplegados para garantizar la prestación del servicio de salud y que se practicara el estudio referido, lo cual fue corroborado tanto por la Personería Municipal de Clemencia en su contestación, como por la madre de la niña, señora NEY LUZ FRIAS MONTALVAN, directamente al Despacho vía llamadas telefónicas, de lo cual se dejó constancia por Secretaría.

Como primera conclusión tenemos que, frente al estudio requerido: Estudio Molecular de

²³ Sentencia T-309 de 2018.

²⁴ Sentencia T-553 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁵ Sentencia T-310 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁶ Sentencia SU-195 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁷ Sentencia T-886 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ Sentencia T-368 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarí.

enfermedades, existe un hecho superado, ya que el mismo se practicó el día de hoy a primera hora de la mañana (21/09/2020).

Frente a la segunda pretensión, relacionada con que se ordene a la EPS accionada suministrar auxilio de transporte, viáticos y estadía cuando se requiera, tanto para la menor como para su acompañante, al igual que insumos de bioseguridad.

Vemos que, según las respuestas emitidas por las partes, posteriores a la prueba de oficio decretada por el Despacho, al igual que las manifestaciones hechas directas por la señora NEY LUZ, evidencian la necesidad de garantizar ese auxilio de transporte, por cuanto se trata de una madre cabeza de familia, sin recursos económicos para sufragar dichos gastos.

Si bien el día 21/09/2020 la accionada prestó el servicio de transporte, se observa también que en respuesta anterior (10/09/2020), había indicado que haría el reembolso de los gastos necesarios para el desplazamiento de la niña y su madre hasta la ciudad de Cartagena, sin embargo, dicho procedimiento no fue eficaz, ya que la señora NEY LUZ, llegado el día del examen no contaba con dichos recursos, lo que impidió inicialmente la práctica del procedimiento.

En vista de lo anterior, considera el Despacho, se requiere una intervención del juez de tutela para evitar que, en futuras ocasiones, la evidente carencia de recursos económicos de la representante legal de la niña SOPHIA, sea un impedimento para garantizar la continuidad de su tratamiento médico o cualquier atención en salud que requiera.

De las pruebas allegadas al proceso de la referencia, el Despacho evidencia que están probadas las **subreglas** establecidas por nuestro Tribunal Constitucional para acceder obligatoriamente al auxilio de transporte intermunicipal, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018, veamos:

- a) El servicio que requiere la accionante, consulta de control o seguimiento por medicina especializada, fue autorizado directamente por la EPS, a través de Ordenes Médicas de la Dra. RITA IRIS ORTEGA RICO, Genética Médica ACMGen, de fecha 27/01/2020, en la ciudad de Cartagena (Bolívar), observaciones: Con resultado.
- b) Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del transporte, lo cual se presume, toda vez que la niña SOPHIA VICTORIA, se encuentra afiliada al régimen subsidiado, "teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población"²⁹.
- c) Es necesaria la atención continua de la paciente, ya que, se trata de una niña de cuatro (4) años, con diagnóstico: agenesia real izquierda, sospecha de Silver Russel, seguimiento de riñón único funcinante, pendiente estudio genético para descartar sx genético, entre otros; además "se explican signos de alarma" (evolución de consulta externa 13/08/2020). De no continuar tratamiento y controles con especialista, se pondría en riesgo la vida, integridad física y el estado de salud de la usuaria, quien además es un sujeto de especial protección constitucional (art. 13 y 44 Superior).

Igualmente, se cumple las subreglas establecidas por la jurisprudencia constitucional, para que la EPS deba costear los **gastos de traslado del acompañante**, así: a) se constata que la usuaria es "totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento", se observa que se trata de un niña de 4 años de edad, sujeto de especial protección constitucional; b) requiere de atención "permanente" para garantizar su integridad física, debido a la situación de salud que afronta y, c) como ya quedó señalado, se presume que ni ella ni su núcleo familiar (madre cabeza de familia) tienen capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado desde el Municipio de Clemencia hasta Cartagena y viceversa, ya que se trata de un afiliado al régimen subsidiado en salud.

Es por todo lo anterior, que este Despacho hará uso de esas **facultades extra y ultra petita**, que como Juez constitucional posee, para tomar acciones afirmativas en favor de la niña SOPHIA VICTORIA, que le garanticen una prestación continua de los servicios de salud que requiera.

Corolario de todo lo expuesto, se procederá a tutelar los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la accionante y se otorgará un término perentorio a la accionada para que otorgue el auxilio de transporte requerido por la niña y su acompañante.

En razón de lo anteriormente expuesto el **JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE CLEMENCIA (BOLÍVAR)**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

²⁹ Sentencia T-487 de 2014 reiterada las Sentencias T-022 de 2011 y T-405 de 2017.

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la niña SOPHIA VICTORIA FRIAS MONTALVAN, por las razones de orden legal y constitucionales antes enunciadas.

SEGUNDO: ORDENAR a COOSALUD EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a proporcionarle a la niña SOPHIA VICTORIA FRIAS MONTALVAN y a su acompañante, auxilio de transporte, en dinero o en especie, ida y vuelta, desde el municipio de Clemencia hasta la ciudad que deba trasladarse dentro del país, para poder acceder al tratamiento y/o procedimiento médico especializado o cualquier otro, prescrito por su médico tratante.

TERCERO: DECLARAR improcedente la tutela, frente a la realización de estudio genético a favor de la menor, por hecho superado.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes de conformidad con el artículo 30 del D. 2591/91.

QUINTO: De no ser impugnado este fallo, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LINA MARCELA PINEDA OLIVEROS
JUEZA

L.M.

Firmado Por:

LINA MARCELA PINEDA OLIVEROS
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 001 PROMISCO MUNICIPAL CLEMENCIA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

be92245c444afb32c33cc5be2c2705be30ad038e1ecff59ba9ee8425188230dd

Documento generado en 21/09/2020 01:51:36 p.m.