

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
**JUZGADO TERCER PENAL MUNICIPAL
 CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS
 FLORENCIA - CAQUETÁ**

Proceso : Acción de tutela
 Radicación : 18-001-40-04-003-2022-00021-00
 Accionante : **GINA MARCELA PEÑA QUINTERO,**
representante legal del menor JUAN DAVID
CAICEDO PEÑA
 Accionado : **NUEVA EPS**
 Sentencia : **022**

Florencia, Caquetá, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por el **Dr. LUIS ALEJANDRO MONTAÑA ORTEGA**, abogado de la defensoría del pueblo actuando como agente oficio de la señora **GINA MARCELA PEÑA QUINTERO**, representante legal del menor **JUAN DAVID CAICEDO PEÑA** en contra de **NUEVA EPS**, vinculándose a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud, vida digna y seguridad social.

2.- ANTECEDENTES

Funda el **Dr. LUIS ALEJANDRO MONTAÑA ORTEGA**, actuando como agente oficio de la señora **GINA MARCELA PEÑA QUINTERO**, representante legal del menor **JUAN DAVID CAICEDO PEÑA**, la solicitud de amparo en los siguientes hechos:

Aduce que, el menor **JUAN DAVID CAICEDO PEÑA** está afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud por intermedio de la **NUEVA EPS**.

Manifiesta que, conforme a la historia clínica, el menor **JUAN DAVID CAICEDO PEÑA** presenta diagnóstico de "HIPOTONIA CONGENITA", por lo que se le ordenó *CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN GENETICA MEDICA*, la cual fue autorizada por la **NUEVA EPS** para ser realizada en la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO** de la ciudad de Neiva, sin que la madre del

menor haya solicitado la programación de la misma, toda vez que, no cuenta con los recursos económicos necesarios para desplazarse desde el municipio de El Doncello a la ciudad de Neiva.

Igualmente señala que, al menor se le ordenaron terapias respiratorias y físicas que, solamente pueden ser realizadas en la ciudad de Florencia, a las que, por falta de recursos económicos, no ha podido asistir a todas las terapias que requiere dentro de su tratamiento.

Que, con ocasión a los anteriores servicios médicos, la señora GINA MARCELA PEÑA QUINTERO, requirió a la NUEVA EPS, el suministro de los viáticos necesarios para realizar los desplazamientos, sin embargo, los mismos le fueron negados, situación que pone en riesgo la vida del menor y con la que se le niega el acceso a su tratamiento.

2.1. PETICIÓN

Solicitó el accionante se tutelén los derechos fundamentales del menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, y consecuentemente:

“Ordenar a la NUEVA EPS a suministrar los viáticos necesarios para sufragar los gastos de transportes, alimentación y alojamiento que requiere el menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA para viajar junto con un acompañante desde el municipio de El Doncello a la ciudad de Neiva o a la ciudad que disponga la EPS para la prestación de servicios médicos, a cumplir con la realización de la CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN GENETICA MEDICA.

Ordenar a la NUEVA EPS a suministrar los viáticos necesarios para sufragar los gastos de transportes, alimentación y alojamiento que requiere el menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA para viajar junto con un acompañante desde el municipio de El Doncello a la ciudad de Florencia o a la ciudad que disponga la EPS para la prestación de servicios médicos, a cumplir con la realización de las TERAPIAS RESPIRATORIAS y TERAPIAS FISICAS ordenadas por el médico tratante, así como también para asistir a todas las citas médicas, controles posquirúrgicos, terapias y procedimientos que le sean ordenados para el tratamiento de su problema de salud (HIPOTONIA CONGENITA) y que implique viajar a ciudades diferentes a la de su domicilio y residencia.

Ordenar a NUEVA EPS a que se abstenga de imponer barreras de tipo administrativo que impidan la eficiente, continua e integral prestación del servicio médico, garantizando de esta manera los derechos fundamentales del menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA.

Ordenar a la NUEVA EPS a que preste de ahora en adelante todos los servicios médicos especializados, terapias de rehabilitación, suministros de medicamentos, instrumentos, ayudas técnicas, exámenes diagnósticos, viáticos, entre otros, garantizando una PRESTACIÓN INTEGRAL DEL SERVICIO MÉDICO.”

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 7 de marzo de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia¹, la cual se admitió mediante auto del 8 de marzo siguiente², a través del cual se dispuso oficiar a la entidad accionada, para que, en el término legal de un día se pronunciara sobre los hechos planteados en el escrito de tutela, al tiempo que, se negó la medida provisional solicitada, se realizó requerimiento al accionante y se ordenó la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-.

4.- RESPUESTA DE LAS PARTES ACCIONADAS

4.1. La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, mediante escrito³ allegado el 9 de marzo de 2022⁴, suscrito por el Abogado de la Oficina Jurídica, señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, del primero (01) de agosto del año 2017, entró en operación esa Administradora, como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Manifestó que, es función de la EPS, y no de esa Administradora, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva; adujo que, las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de

¹ Ver archivo "02ActaReparto" del expediente digital.

² Ver archivo "07AutoAdmiteTutela" del expediente digital.

³ Ver archivos "10RespuestaADRES" del expediente digital.

⁴ Ver archivos "09CorreoRespuestaADRES" del expediente digital.

seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

Afirmó que, respecto de la pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, lo mismo no es procedente, toda vez que, si bien la ADRES es la encargada de garantizar el adecuado flujo de los recursos de salud, específicamente de la financiación de los servicios no financiados por la UPC, el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019, se debe interpretar con el artículo 240 de la misma ley, el cual estableció el mecanismo de financiación denominado “PRESUPUESTO MÁXIMO”, cuya finalidad es que los recursos de salud se giren ex ante a la prestación de los servicios, para que las EPS presten los servicios de salud de manera integral.

Que, a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos; que, conforme a lo anterior, esa entidad ya giró a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios “no incluidos” en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Conforme a lo anterior, solicitó ser desvinculado del trámite de la acción y que se niegue el recobro a favor de la EPS.

4.2. NUEVA EPS, mediante escrito⁵ allegado el 9 de marzo de 2022⁶, suscrito por la Apoderada especial, indicó que, el servicio de transporte requerido para el paciente solo se garantiza en los eventos expresamente señalados en la resolución 2292 del 23 de diciembre del 2021, en la que se actualizó el servicio y tecnologías en salud financiadas con los recursos de la unidad de pago por capitación UPC, por lo que, los transportes fuera de esa cobertura no son procedentes.

Indicó que, en lo que respecta al servicio de transporte diferente a los exámenes indicados en el escrito tutelar, no es procedente en la medida

⁵ Ver archivos “13RespuestaNuevaEPS” del expediente digital.

⁶ Ver archivos “12CorreoRespuestaNUEVAEPS” del expediente digital.

que se refiere a hechos futuros e inciertos, pues no se trata de la necesidad de una cita o consulta, sino de un hecho futuro que no reviste de vulneración de derechos al afiliado.

Refiere que, el servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí, sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 y 108 de la Resolución 2292 de 2021 "por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación", se precisan dos tipos de transporte, en ambulancia básica o medicalizada y transporte en un medio diferente a la ambulancia; aduciendo que, en todas las situaciones diferentes a las expresamente señaladas y que no se encuentre el transporte cubierto en el plan de beneficios, debe acudirse a los lineamientos señalados por la Corte constitucional como son el principio de solidaridad, según el cual, los servicios de transporte en primera instancia, son de responsabilidad del paciente y sus familiares cercanos.

Manifestó que, en lo que respecta a la pretensión de transporte para el acompañante, la misma excede de la órbita del plan de beneficios en salud y se torna por completo improcedente que soliciten el mismo, por lo que, no se puede acceder a la solicitud.

Respecto a la solicitud de alojamiento y alimentación, indicó que, la Corte Constitucional reconoce que esos elementos, no constituyen servicios médicos y que, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, los gastos de estadía y alimentación tienen que ser asumidos por él o por su familia.

Frente a la solicitud de tratamiento integral, indicó que no es posible para un juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinable e individualizables, de lo contrario se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con los afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución.

Informó que, de acuerdo a las funciones y responsabilidades las cuales se desprende de la organización de la entidad conforme al objeto de cada una de las funciones que de allí se derivan, para el caso en particular de los servicios de salud en el DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ, el encargado de cumplir, es la Gerente Zonal Huila y en calidad de superior jerárquico es el Gerente Regional Centro Oriente.

Conforme a lo anterior, solicitó se nieguen las pretensiones del accionante y subsidiariamente, requirió ORDENAR el reembolso de todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del fallo de tutela y que

sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de ese tipo de servicios.

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Corresponde a este Despacho analizar y conocer de la acción de tutela de la referencia, en razón a que la entidad accionada – NUEVA EPS – es una sociedad comercial de naturaleza anónima y carácter privado, lo anterior con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y, el artículo 1º, numeral 1 del Decreto 333 del seis (6) de abril de 2021, por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

5.2 De la acción de tutela

Sea lo primero señalar que la acción de tutela es un mecanismo cuya finalidad consiste en garantizar el disfrute de los derechos fundamentales en el evento en que estos hayan sido violados o amenacen ser violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares. Además, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario al que se acude, en últimas, para remediar o evitar un perjuicio, no así una instancia respecto de los derechos reclamados.

Por otra parte, se debe manifestar que esta acción fue establecida para salvaguardar derechos de carácter fundamental correspondiéndole al Juez de tutela velar por la protección inmediata y eficaz de los derechos respectivos que puedan resultar vulnerados o amenazados en determinado momento, siendo conveniente recordar que proteger una situación mediante la acción de tutela genera, para el fallador, la responsabilidad de tener absolutamente claro que de por medio hay una violación lo suficientemente grave como para que se afecte el concepto de persona como entidad moral y de respeto, cuando advierte violación, quebrantamiento o amenaza a los derechos fundamentales del accionante.

5.3. Legitimación.

Así mismo, se observa que la acción de tutela es interpuesta por el **Dr. LUIS ALEJANDRO MONTAÑA ORTEGA**, abogado de la defensoría del pueblo actuando como agente oficio de la señora **GINA MARCELA PEÑA QUINTERO**, representante legal del menor **JUAN DAVID CAICEDO PEÑA**, por lo cual no

existe ninguna duda frente a la *legitimación por activa*, pues se encuentra satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición.

Frente a la *legitimación por pasiva*, se encuentra que la acción se interpone en contra de NUEVA EPS, a cuyo trámite se vinculó a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- quienes presuntamente están desconociendo los derechos del accionante; por lo cual existe legitimación en la causa por pasiva, en los términos de los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

5.4 Problema Jurídico.

Así las cosas, corresponde a este Despacho determinar si en el caso planteado por el accionante, se configura una violación a los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social del menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA ante la presunta omisión de la NUEVA EPS de suministrarle los viáticos necesarios para asistir a terapia respiratoria integral, terapias físicas y a consulta de control o seguimiento por especialista en genética médica la cual le fue autorizada para ser realizada en el Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva.

5.5 Solución al Problema Jurídico.

5.5.1 Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Tutela. Subsidiaridad e Inmediatez.

Frente al cumplimiento del requisito de *inmediatez*, cabe señalar que, una vez verificada la documentación allegada al plenario, se advierte el cumplimiento del mismo, toda vez que, al menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, se le expedieron órdenes para terapia respiratoria integral, terapias físicas y consulta de control o seguimiento por especialista en genética médica, las cuales deben ser, presuntamente, realizadas en lugar diferente al de su residencia, negándosele por parte de su EPS el suministro de los viáticos necesarios para asistir a los mencionados servicios.

En relación con el requisito de *subsidiariedad*, debe indicarse que, por su carácter residual o complementario, la acción de tutela únicamente procede en aquellos eventos en los cuales no existe otro mecanismo judicial de defensa o cuando, de existir, el medio alternativo es claramente insuficiente o ineficaz para brindar garantía a los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, o, igualmente, que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; en consecuencia, se encuentra acreditado el requisito de *subsidiariedad*, habida cuenta que, al considerar que se vulneran los derechos fundamentales del menor JUAN

DAVID CAICEDO PEÑA por parte de los accionados, acude a la acción constitucional.

5.5.2. El Derecho a la Salud

En relación con el Derecho a la salud, ha acotado la Corte Constitucional:

“4.4. Derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

4.4.1. El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: “es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”, al tiempo que, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. // Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, esta Corporación se ha referido a sus facetas, una como derecho y otra como servicio público a cargo del Estado. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.”

5.5.3. El Derecho a la Seguridad Social

Por su parte, el derecho a la Seguridad Social ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho Constitucional fundamental.

De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social, por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

En ese sentido la Corte Constitucional en Sentencia T-164 del 2013, indicó:

“Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social. En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional –incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional –, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente. Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad”. Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos –políticos, civiles, sociales, económicos y culturales –es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).”

5.6. CASO CONCRETO

Se reclama a través de la presente acción, la protección de los derechos fundamentales del menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, a quien se le expidieron órdenes para terapia respiratoria integral, terapia física y para consulta de control o seguimiento por especialista en genética médica, las cuales deben ser, presuntamente, realizadas en lugar diferente al de su residencia, negándosele por parte de su EPS el suministro de los viáticos necesarios para asistir a los mencionados servicios.

De lo obrante en el expediente, se encontró lo siguiente:

- i. Teniendo en cuenta la afirmación de la parte actora y la documentación suministrada por la NUEVA EPS, se encuentra probado que el menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, está afiliado a la NUEVA EPS en el régimen contributivo.
- ii. Conforme a la historia clínica⁷ allegada, se avizó que, el menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, siendo atendido por la especialidad de pediatría, se le ordenó “servicio 939403 TERAPIA RESPIRATORIA INTEGRAL en cantidad de 20” y “servicio 29112 TERAPIA FISICA SESIÓN en cantidad de 22”; sin embargo, no se aviza que, dicha orden de servicios haya sido tramitada por la madre del menor ante la NUEVA EPS, toda vez que, no allegó la autorización correspondiente, ni tampoco realizó manifestación refiriendo que, los mencionados servicios se le habían negado.
- iii. Conforme a la historia clínica⁸ allegada, se avizó que, al menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA se le expidió autorización No. (POS - 2281) P010-171976013, para “consulta de control o de seguimiento por especialista en genética médica”, para ser realizada en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO de la ciudad de Neiva- Huila.
- iv. Una vez consultada la página del SISBEN, por parte del Despacho, se encontró la siguiente información del accionante:

Registro válido		B5 GRUPO SISBÉN IV Pobreza moderada
Fecha de consulta:	17/03/2022	
Ficha:	1800101451080000063	
DATOS PERSONALES		
Nombres: GINA MARCELA		
Apellidos: PEÑA QUINTERO		
Tipo de documento: Cédula de ciudadanía		
Número de documento: 1006506036		
Municipio: Florencia		
Departamento: Caquetá		
INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA		
Encuesta vigente:	07/09/2019	
Última actualización ciudadano:	11/03/2021	
Última actualización via registros administrativos:		
*Si encuentra alguna inconsistencia o desea actualizar su información por favor acérquese a la oficina del Sisbén del municipio donde reside actualmente		

⁷ Ver archivo “04Anexo01” del expediente digital.

⁸ Ver archivo “05Anexo02” del expediente digital.

- v. En oficio allegado el día 14 de marzo de 2022⁹, por el agente oficioso de la accionante, como respuesta al requerimiento realizado en el Auto admisorio de la acción, informó que, la señora GINA MARCELA PEÑA QUINTERO, actualmente no tiene ingresos económicos porque no cuenta con trabajo, que su núcleo familiar está compuesto por el señor DUVAN DARÍO CAICEDO MORANTES quien tiene como actividad económica mecánico, su hijo JUAN DAVID CAICEDO PEÑA y ella.

Inicialmente, debe señalarse que, pretende el accionante se le ordene a la NUEVA EPS le suministre al menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA y un acompañante, los viáticos necesarios para asistir a la ciudad de Neiva a consulta de control o de seguimiento por especialista en genética médica, la cual será realizada en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO, debido a que la señora GINA MARCELA PEÑA QUINTERO, carece de los recursos económicos para cubrir los gastos necesarios para su desplazamiento; igualmente requiere se le suministren viáticos para asistir a TERAPIA RESPIRATORIA INTEGRAL y TERAPIA FISICA, que le fueron ordenadas por la pediatra Carmen Rossy Ramírez Hernández.

Una vez verificada la documentación allegada al plenario, se encontró que, afirmó el agente oficioso de la señora GINA MARCELA PEÑA QUINTERO, que actualmente la misma no cuenta con los recursos económicos, ya que, se encuentra desempleada y que su esposo, el señor DUVAN DARÍO CAICEDO MORANTES, se desempeña como mecánico, adicionalmente, se encontró que, dentro de la base de datos del SISBEN la representante legal del menor se encuentra incluido en la categoría "B5 POBREZA MODERADA".

En razón a lo anterior, encuentra el Despacho que, si bien es cierto, el menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA actualmente se encuentra afiliado al régimen contributivo en salud, el agente oficioso de su representante legal, la señora GINA MARCELA PEÑA QUINTERO, puso de presente que, la misma carece de los recursos económicos necesarios para realizar traslado desde su lugar de domicilio a la ciudad de Neiva que fue donde se le autorizó la consulta por la especialidad de genética médica; ante lo anterior, cabe señalar que la EPS accionada, no allegó documentación alguna a través de la cual lograra demostrar la capacidad económica del núcleo familiar del paciente para cubrir los gastos necesarios para asistir a la consulta por la que debe desplazarse a la ciudad de Neiva; con ocasión a la anterior situación, debe indicarse que, ante la falta de recursos económicos del núcleo familiar del menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, para sufragar los gastos necesarios para asistir a la mencionada consulta, se pone en riesgo su integridad personal y

⁹ Ver archivo "16EscritoRespuestaAccionante" del expediente digital.

puede verse afectado su tratamiento, con ocasión a la patología que padece.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que, por parte del despacho no se considera desproporcionada la pretensión del accionante al solicitar se le suministren viáticos un acompañante, teniendo en cuenta que, el paciente es un menor de edad, por lo que requiere del acompañamiento de uno de sus padres.

Frente al tema, la Corte Constitucional en sentencia T 707 de 2016, señaló:

"De esta forma, se entiende que salvo los casos arriba enunciados, los costos que se causan como consecuencia de los desplazamientos deben ser asumidos directamente por el paciente o por su núcleo familiar. Sin embargo, esta Corte ha sostenido que cuando se presentan obstáculos originados en la movilización del usuario al lugar de la prestación del servicio que requiere, dichas barreras deben ser eliminadas siempre que el afectado o su familia no cuenten con los recursos económicos para sufragar el mencionado gasto, con el fin de que la persona pueda acceder de forma efectiva y real al servicio.

En esa medida, cuando el paciente no tiene la capacidad para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y esa es la causa que le impide recibir el servicio médico, dicha carencia económica se traduce en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud, y por esa razón corresponde al juez constitucional enderezar su análisis en la observancia de los principios de integralidad y accesibilidad, toda vez que el respeto a esta garantía fundamental no solo incluye el reconocimiento de la prestación del servicio que se requiere, sino también su acceso material y oportuno; motivo por el cual, cuando un usuario es remitido a una zona geográfica diferente a la de su residencia o a un lugar retirado de su domicilio para acceder a un servicio, pero ni él ni su familia cuentan con los medios económicos para hacerlo, esta Corporación ha exigido a las entidades promotoras de salud eliminar estas barreras y les ha ordenado asumir el transporte de la persona que se traslada, incluso con un acompañante, y, en los casos necesarios, sufragar el costo del alojamiento o la manutención en el los sitios a los cuales se desplazan.

En lineamiento con lo anterior, la sentencia T-760 de 2008¹⁰ explicó que "[s]i bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica", pues todo individuo "tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado".

De esa manera, en primer lugar, se ha considerado que la obligación de asumir el transporte de una persona se traslada a la EPS solamente en casos en los 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". Y, en segundo lugar, se ha reconocido "la manutención cuando el desplazamiento es a un domicilio diferente al de la residencia del paciente, si se carece de la capacidad económica para asumir tales costos" o su familia no está en las condiciones de sufragar los mismos.

Igualmente, si se comprueba que el paciente es "totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento" y que requiere de "atención permanente para

¹⁰ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas", esta obligación también comprenderá la financiación del traslado de un acompañante, siempre que ni él ni su núcleo familiar cuenten con la capacidad económica suficiente para financiar el traslado del acompañante.

No obstante, esta Corporación también ha ordenado que la entidades promotoras de salud suministren el traslado con acompañante a aquellas personas que si bien conservan una capacidad residual de independencia y no requieren supervisión permanente, son pacientes con dificultades en su desplazamiento por la edad o por hallarse en circunstancias de debilidad manifiesta como consecuencia de las secuelas generadas por los tratamientos recibidos o de la situación de discapacidad que afrontan.

Por otro lado, resulta de suma importancia señalar que también corresponde al juez de tutela evaluar si el requerimiento del servicio de transporte es pertinente y necesario con referencia a los supuestos fácticos y la situación particular de quien lo solicita. Esto, con el fin de garantizar que el medio de desplazamiento elegido sea adecuado, digno y se compadezca con la condición de salud particular, pues no todo tipo de transporte resulta idóneo para preservar el bienestar del paciente en la totalidad de los casos, o incluso, puede resultar peligroso, por la falta de acondicionamiento de los vehículos o por la propia masividad de su uso.

Sobre el tema, si bien la Corte ha emitido numerosos fallos ordenando el servicio de transporte a pacientes que requieren traslados intermunicipales o dentro de la misma ciudad, en la mayoría de los casos no se ha hecho referencia explícita al medio de transporte que debe brindárseles, pues generalmente la concesión de este servicio ha estado ligada a las peticiones de los accionantes, que usualmente solicitan el cubrimiento de los gastos que les demanda el desplazamiento sin más particularidades o en medios ordinarios.

En de resaltar que, el servicio de transporte de paciente ambulatorio por servicios no disponibles en el lugar de residencia del afiliado, es financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica, encontrándose en el caso que nos ocupa que, el núcleo familiar del menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, reside en el municipio de El Doncello- Caquetá, por lo que, revisada la Resolución 2381 del 28 de diciembre de 2021, dicho municipio se encuentra dentro de los municipio o área no municipalizadas por departamentos, a los que se les reconoce prima adicional por zona especial de dispersión geográfica, así: "Número 74, Código DANE 18247, nombre de departamento Caquetá, municipio EL Doncello".

Como consecuencia de lo anterior, considera esta Judicatura que, se torna procedente el amparo tutelar deprecado por el accionante, en aras de salvaguardar la salud e integridad personal del menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA.

Debe indicarse que, si bien es cierto, dentro del trámite tutelar no se allegó prueba alguna a través de la cual fuera posible verificar que, las terapias físicas y respiratorias que le fueron ordenadas al menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, le serán realizadas en un lugar diferente al de su domicilio, ya que, no se allegó la autorización expedida por la EPS, sin embargo, se emitirá orden tendiente a que, se garantice el suministro de los viáticos

necesarios para garantizar la asistencia y continuidad del tratamiento ordenado al menor.

Ahora, respecto a la solicitud en la que se requirió “Ordenar a la NUEVA EPS a que preste de ahora en adelante todos los servicios médicos especializados, terapias de rehabilitación, suministros de medicamentos, instrumentos, ayudas técnicas, exámenes diagnósticos, viáticos, entre otros, garantizando una PRESTACIÓN INTEGRAL DEL SERVICIO MÉDICO”; frente a dicha salud, relacionada con emitir una orden de prestación integral del servicio médico, cabe indicar que, es posible acceder a dicha pretensión cuando “*existan justificaciones concretas emitidas por los médicos tratantes más no cuando el paciente lo demanda*”¹¹, es así que según los lineamientos jurisprudenciales el tratamiento integral, se ordena cuando “**(i)** la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando **(ii)** el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas **(iii)** personas que “*exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas*”¹²; conforme a lo traído a colación, cabe reiterar que, por parte del Despacho no fue posible establecer que, la EPS accionada ha omitido prestar de manera oportuna los servicios médicos que se le han ordenado al menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, por lo que, al no demostrarse que exista un actuar negligente y que consecuentemente se ponga en riesgo su salud y vida, no hay lugar a conceder la mencionada pretensión, es menester resaltar que, de cara a la acreditación de dichos supuestos, no basta la simple exposición de hipótesis ni la afirmación del acaecimiento de los mismos, sino que por el contrario se torna necesaria su comprobación y verificación dentro del trámite.

En cuanto a la solicitud recobro elevada por la NUEVA EPS, debe traerse a colación lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia T – 224 de 2020, en la que indicó:

“(...) Así, bajo la reglamentación actual, cuando un juez de tutela encuentra, al analizar estos cuatro criterios, que una entidad del Sistema de Salud se ha abstenido de suministrar un servicio o tecnología en salud no financiada con cargo a la UPC que un usuario requiere con necesidad, debe ordenar a la entidad su provisión. Esta regla, en cualquier caso, no desconoce la diferencia que existe entre, de una parte, quien presta el servicio o tecnología y, en este sentido, garantiza su acceso; y, de otra parte, quien asume finalmente el costo de su financiación. La normativa legal y reglamentaria se encarga de materializar estas diferencias. De acuerdo con los mecanismos de acceso resumidos arriba, en la actualidad, los servicios y tecnologías no incluidos en el PBS con cargo a la UPC se financian con recursos públicos, pero su fuente es otra. Hasta el 31 de diciembre de

¹¹ Ver Sentencias T-790 de 2012, T-501 de 2013 y T-266 de 2014

¹² Ver Sentencias T-790 de 2012, T-501 de 2013 y T-266 de 2014

2019, en el régimen contributivo su fuente es la ADRES y, en el subsidiado, las entidades territoriales. Desde el 1 de enero de 2020, bajo el Plan Nacional de Desarrollo vigente, en los dos casos los recursos provendrán de la ADRES.

Ahora, de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren. (...)

En virtud de lo anterior, este despacho se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno en relación a la solicitud de recobro solicitada por LA NUEVA EPS, en razón a que dicho recobro no depende de decisiones de jueces de tutela.

En consecuencia, esta Judicatura procederá a tutelar los derechos fundamentales a la salud e integridad del menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, por lo que se ordenará a la NUEVA EPS, que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia, proceda a autorizar al menor “servicio 939403 TERAPIA RESPIRATORIA INTEGRAL en cantidad de 20” y “servicio 29112 TERAPIA FISICA SESIÓN en cantidad de 22” ordenados por la pediatra Carmen Rossy Ramírez Hernández en consulta del 14 de diciembre de 2021, y en caso de que las mismas se deban realizar en un lugar diferente a su lugar de residencia, proceda a realizar los trámites administrativos necesarios para que suministre los servicios de transporte y hospedaje al menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA y un acompañante con el fin de que asista a todas las consultas que le fueron ordenadas.

Igualmente se ordenará a la NUEVA EPS que, una vez se le fije fecha a la “consulta de control o de seguimiento por especialista en genética médica”, la cual fue autorizada en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO de la ciudad de Neiva- Huila, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, proceda a realizar los trámites administrativos necesarios para que suministre los servicios de transporte y hospedaje al menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA y un acompañante, con el fin de que asista a la cita.

Por otra parte, se negará la solicitud de alimentación por no ser un servicio suscrito en el Plan de Beneficios en Salud, ni hallarse consignado dentro de la orden médica anexa al escrito tutelar.

Igualmente se hace necesario INSTAR a la señora GINA MARCELA PEÑA QUINTERO madre del menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, para que, una vez realice las gestiones tendientes a la programación de las terapias y consulta a las que debe asistir al menor, informe de manera oportuna a la NUEVA EPS, en aras de que se realicen los trámites administrativos por parte de la Entidad de salud para el suministro de los viáticos aquí ordenados.

Por lo expuesto, el JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE FLORENCIA, CAQUETÁ, administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – Tutelar los derechos fundamentales a la salud e integridad del menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, conforme a lo esbozado en la parte considerativa.

SEGUNDO. – ORDENAR a la NUEVA EPS, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a autorizar al menor “servicio 939403 TERAPIA RESPIRATORIA INTEGRAL en cantidad de 20” y “servicio 29112 TERAPIA FISICA SESIÓN en cantidad de 22” ordenados por la pediatra Carmen Rossy Ramírez Hernández en consulta del 14 de diciembre de 2021, y en caso de que las mismas se deban realizar en un lugar diferente a su lugar de residencia, proceda a realizar los trámites administrativos necesarios para que suministre los servicios de transporte y hospedaje al menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA y un acompañante con el fin de que asista a todas las consultas que le fueron ordenadas.

TERCERO. – ORDENAR a la NUEVA EPS, que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, a la fijación de fecha para la “consulta de control o de seguimiento por especialista en genética médica”, la cual fue autorizada en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO de la ciudad de Neiva- Huila, proceda a realizar los trámites administrativos necesarios para que suministre los servicios de transporte y hospedaje al menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA y un acompañante, con el fin de que asista a la cita.

CUARTO. - INSTAR a la señora GINA MARCELA PEÑA QUINTERO madre del menor JUAN DAVID CAICEDO PEÑA, para que, una vez realice las gestiones tendientes a la programación de las terapias y consulta a las que debe asistir al menor, informe de manera oportuna a la NUEVA EPS, en aras de que se

realicen los trámites administrativos por parte de la Entidad, para el suministro de los viáticos aquí ordenados.

QUINTO. - De no ser impugnado el presente fallo, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión. (Decreto 2591 de 1991, art. 31).

SEXTO. - Notifíquese esta sentencia por el medio más expedito a las partes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN CARLOS CHURTA BARCO

Juez

Firmado Por:

Juan Carlos Churta Barco

Juez

Juzgado Municipal

Penal 003 Control De Garantías

Florencia - Caqueta

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:

7c6c4d955191aa6624df44bd35c25f4e1fb8a21b88341266ae14d4c9f39bdb3f

Documento generado en 17/03/2022 11:31:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente

URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>