REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, diez veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022)

RAD: 20001 40 03 005 2022 00084 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por WILMAR BENAVIDEZ AMADO en representación de su menor hijo STIVENSON ANDRÉS BENAVIDEZ REYES contra FAMISANAR EPS Derechos fundamentales: Vida, Dignidad Humana y mínimo vital

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionante WILMAR BENAVIDEZ AMADO, contra la sentencia de primera instancia de fecha 17 de marzo de 2022, proferida por el JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE VALLEDUPAR dentro del asunto de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional la parte accionante a través de apoderado judicial adujo, en síntesis, lo siguiente:

1. Que su menor hijo fue diagnosticado con el síndrome de kabuki tipo 1, con atraso neuropsicomotor, estatura baja, miembros superiores e inferiores cortos, no articula palabras, con anomalías de Peter y antecedentes oculares, glaucoma, riñón en herradura, visión solo por el ojo derecho, enfermedades, endocrinas, nutricionales, y metabólicas clasificadas, dificultad en la marcha, con desnutrición proteico calorías, con patología irreversible, dependiente para todas las actividades con porcentaje de discapacidad del 90 %.

2. Que el menor diagnosticado con glaucoma, antecedentes oculares, visión solo por el ojo derecho, tiene una cita con oftalmología y optometría el 23 de marzo de 2022 a las 11:00 am en la Clínica Oftalmológica del Caribe Foca cra 51 b no 87-50 centro comercial viva local 337 en la ciudad de Barranquilla, que han tenido experiencias negativas en los viajes anteriores a la ciudad de Barranquilla y Cartagena y quisieron hacerle saber a FAMISANAR EPS las incomodidades que han tenido para así tomar los correctivos correspondientes, para un transporte especial.

3. Que el menor se marea, le da vómito, ansiedad de querer bajarse del bus, hiperactivo, se pone a llorar e irritado, que

el 10 de febrero de 2022 en cita para procedimiento quirúrgico con el Otólogo, al menor le dio una crisis que tuvieron que llevar de urgencia a la clínica para atenderlo.

4. Que se requiere dos (2) acompañante por la hiperactividad del menor, además de recibir el medicamento, el niño continua hiperactivo. Que su esposa tiene que llevar la maleta, el portafolio de los documentos del menor y al menor que debe permanecer bajo cuidado.

5. Por las anteriores razones elevó petición a FAMISANAR EPS para que estudiara el caso del menor STIVENSON ANDRÉS BENAVIDEZ REYES, que padece múltiples enfermedades, con un 90% de discapacidad y la respuesta de FAMISANAR EPS fue negativa en la que manifestaron que, con relación a solicitud de transporte especial no tiene cubrimiento por PBS y que para el servicio de ambulancia deberá aportar concepto y recomendación médica.

6. Concluye el accionante manifestando que tiene un salario variable de $1.464.163 expedido en el mes de enero de 2022, que vive arrendado con su grupo familiar en la que debe pagar servicios públicos y demás gastos familiares entre esos un crédito con el Banco de Bogotá del que adjunta el soporte, que no tiene capacidad de pago y está gastando justamente lo que gana para vivir en condiciones aceptables de dignidad humana.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicita se ordene a FAMISANAR EPS lo siguiente

PRIMERO: AUTORIZAR un transporte privado o ambulancia para que el menor pueda asistir de manera rápida y segura a la cita con oftalmología y optometría el 23 de marzo de 2022 a las 11:00 am en la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA DEL CARIBE- FOCA Cra 51 B No 87-50 centro comercial viva local 337 en la ciudad de Barranquilla, y para posteriores citas de control, ordenadas por el médico tratante y autorizadas por la EPS, a cualquier ciudad por su discapacidad y múltiples patologías.

SEGUNDO: AUTORIZAR dos (2) acompañantes, para el menor a la cita con oftalmología y optometría el 23 de marzo de 2022 a las 11:00 am en la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA DEL CARIBE- FOCA Cra 51 B No 87-50 centro comercial viva local 337 en la ciudad de Barranquilla, y para posteriores citas de control, o para citas ordenadas por el médico tratante y autorizadas por la EPS a otra ciudad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, el diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022) decidió negar la tutela interpuesta por el accionante WILMAR BENAVIDEZ AMADO en representación de su menor hijo STIVENSÓN ANDRÉS BENAVIDEZ REYES.

Lo anterior al considerar que en el presente asunto no están dadas las condiciones para predicar la necesidad imperiosa de lo reclamado por el actor. Pues si bien no se pone en duda las difíciles condiciones de salud del menor y las dificultades para su transporte, el actor no ha puesto los hechos en consideración del médico tratante para que éste conceptúe al respecto y proceda a solicitar las medidas para conjurar la situación.

Que concretamente no se está en frente a pedimentos de padecimientos de salud del menor, sino develando circunstancias ajenas al debate sobre este específico tema que no pueden ser asumidos por la demandada sin que tenga por lo menos el concepto puntual del médico tratante.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

El extremo accionante impugnó la anterior decisión reiterando las condiciones de discapacidad de su menor hijo y la falta de capacidad económica para asumir el transporte especial que a su sentir requiere el menor junto con dos acompañantes, por lo que solicita se revoque la decisión y se amparen los derechos fundamentales invocados.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con la impugnación promovida, el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar, ¿Si la decisión de primera instancia está ajustada a los lineamientos normativos y jurisprudenciales para haber negado el amparo a los derechos fundamentales al actor?

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

De acuerdo a lo normado en el artículo 86 de la Carta y el Decreto 2591 y sus reglamentarios, la Acción de Tutela es un mecanismo a través del cual se podrá reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferencial y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

De la misma manera el artículo 6 del Decreto 2591 establece que la acción de tutela no procederá cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela se encuentra instituida para obtener la protección de derechos fundamentales cuando por acción o por la omisión de una autoridad pública o de un particular –

revestidos de funciones públicas- se vulnera y/o amenace y no exista otro mecanismo de defensa judicial.

Entonces, la acción de tutela ha sido concebida, como un procedimiento preferente y sumario para la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley. Así las cosas, la efectividad de la acción, reside en la posibilidad de que el juez si observa que en realidad existe la vulneración o la amenaza alegada por quien solicita protección, imparta una orden encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa.

En la sentencia T- 259 de 2019 M.P. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO la Honorable Corte Constitucional sobre el cubrimiento los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante expresó 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 médicos[1], 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)[2]. 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 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***"[3] (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 2018[4]. 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 fuera de texto original).

[1] Sentencia T-074 de 2017 y T-405 de 2017.
[2] Sentencia T-491 de 2018.
[3] Sentencia T-491 de 2018.
[4] Sentencia T-491 de 2018.

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[5]*.*

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 correspondiente[6].

En otra oportunidad el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia T-017 de 2021 M.P. Cristina Pardo Schlesinger sobre la prescripción médica como criterio principal para establecer si se requiere un servició de salud, reiteró lo siguiente:

"6.1. En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha señalado que los usuarios del sistema de salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana[7]. Sobre este punto, la Corte ha resaltado que en el sistema de salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona *requiere* un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie,* el médico tratante. Por lo tanto, es el profesional de la salud el que está capacitado para decidir, con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente,[8] si es necesaria o no la prestación de un servicio determinado.

De lo anterior, la Sala precisa que la importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio[9]. En consecuencia, el médico tratante es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar, y es quien se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado, de acuerdo con la evolución en la salud del paciente[10].

6.2. Al respecto, esta Corporación ha señalado que el criterio del médico tratante, como profesional idóneo, es esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios. En este orden de ideas, en la sentencia T-345 de 2013[11], ampliamente reiterada con posterioridad, la Corte señaló que:

"Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los

[5] Sentencia T-769 de 2012.
[6] Sentencia T-491de 2018.
[7] Sentencias T- 345 de 2013 y T-036 de 2017, reiteradas en las sentencias T-061 de 2019 y T-508 de 2019 M.P. Alberto Rojas Ríos.
[8] *Ib. Ídem.*
[9] *Ib. Ídem.*
[10] Sentencia T-061 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo.
[11] M.P. María Victoria Calle Correa

derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico (…).

Por lo tanto, la condición esencial para que el Juez Constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico."

6.3. En conclusión, el criterio del médico tratante, como idóneo y oportuno, es el principal elemento para la orden o suspensión de servicios de salud. **De manera no son las EPS e IPS, así como tampoco el juez constitucional, quienes están autorizados para desatender la prescripción médica sin justificación suficiente, sólida y verificable, que pueda contradecir la apreciación del profesional de salud, conocedor de las condiciones particulares del paciente."** (Negrilla y subraya del Despacho)

CASO CONCRETO

El accionante WILMAR BENAVIDES AMADO considera vulnerado el derecho fundamental a la salud de su menor hijo STIVENSON ANDRÉS BENAVIDES REYES por parte de FAMISANAR EPS toda vez que a través de derecho de petición solicitó transporte especial para el menor y dos acompañantes dadas las condiciones de discapacidad y las circunstancias especiales del menor.

FAMISANAR EPS manifiesta que ha garantizado la prestación de los servicios de salud que ha requerido el menor STIVENSON ANDRÉS BENAVIDEZ REYES de conformidad con lo establecido en el Plan de Beneficios de Salud y que con respecto a la solicitud de transporte especial no cuenta con orden médica donde el profesional de la salud determine que el menor requiere transporte especial con dos acompañantes.

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, decidió negar el amparo tutelar invocado por el accionante al considerar que en el presente asunto no están dadas las condiciones para predicar la necesidad imperiosa de lo reclamado por el actor. Pues si bien no se pone en duda las difíciles condiciones de salud del menor y las dificultades para su transporte, el actor no ha puesto los hechos en consideración del médico tratante para que éste conceptúe al respecto y proceda a solicitar las medidas para conjurar la situación.

Descendiendo al caso sometido a estudio, de las pruebas que obran en el expediente es posible determinar que el menor STIVENSON ANDRÉS BENAVIDEZ REYES fue diagnosticado con el síndrome de kabuki tipo 1, con atraso neuropsicomotor, estatura baja, miembros superiores e inferiores cortos, no articula palabras, con anomalías de Peter y antecedentes oculares, glaucoma, riñón en herradura, visión solo por el ojo derecho, enfermedades, endocrinas, nutricionales, y metabólicas clasificadas, dificultad en la marcha, con desnutrición proteico calorías, con patología irreversible, dependiente para todas las actividades con porcentaje de discapacidad del 90 %, tal como consta en la certificación expedida por FAMISANAR EPS.

FAMISANAR EPS también informó al Despacho que el menor se encuentra amparado por orden constitucional proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Valledupar en donde se "*ordena a FAMISANAR EPS Seccional Valledupar que suministre un acompañante del menor STIVENSON ANDRÉS BENAVIDES REYES lo concerniente al traslado (ida y regreso) y el alojamiento a la ciudad y/o ciudades a donde sea remitido para reciba atención por las patologías de dificultad respiratoria, lesión del hígado, atresia y estenosis congénita del ano, retardo del desarrollo, hernia inguinla y hernia ventral, disnea del segmento anterior del ojo izquierdo y anomalía de Peter y todas aquellas conexas o que se deriven de las anteriores que está siendo diagnosticada y se encuentra da la espera de recibir el tratamiento necesario de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.*"

Con auto interlocutorio del 15 de noviembre de 2013 se aclaró el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia de fecha 12 de noviembre de 2013 "Que dicho fallo también cobija la estadía, alimentación, pañales, la leche y la exoneración de copagos y/o cuotas moderadoras"

El Despacho comparte el análisis realizado por el A-quo respecto a la temeridad, en el sentido que si bien es cierto son las mismas partes, los hechos y peticiones son distintas, toda vez que la solicitud va encaminada a un transporte especial con dos acompañantes para el menor STIVENSON ANDRÉS BENAVIDES REYES dadas sus condiciones actuales de salud y comportamiento.

Aunado a lo anterior, en el presente asunto no se cumplen los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional que fue trasuntada en precedencia, consistente en que el principal elemento para la orden o suspensión de servicios de salud debe ser el criterio del médico tratante, no la EPS e IPS mucho menos el juez constitucional. En ese sentido, si bien es cierto que el accionante elevó derecho de petición ante FAMISANAR EPS, la ruta indicada es ante el médico tratante profesional idóneo que conoce las condiciones especiales del menor y la viabilidad de autorizar o no el transporte especial con dos acompañantes para el menor.

Ahora bien, respecto a la petición consistente en que el menor pueda acudir de forma rápida y segura a la cita programada el 23 de marzo de 2022, ha cesado el objeto de la misma por cuanto ha transcurrido el tiempo en el trámite de la presente acción constitucional, lo que implica que el accionante puede acudir ante el médico tratante con el fin de que sea él quien evalúe la necesidad de ordenar o no transporte especial con dos acompañantes en las futuras citas que sean programadas.

Sin más consideraciones, se procede a confirmar la sentencia adiada el 17 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia de la República y por autoridad de la Ley,

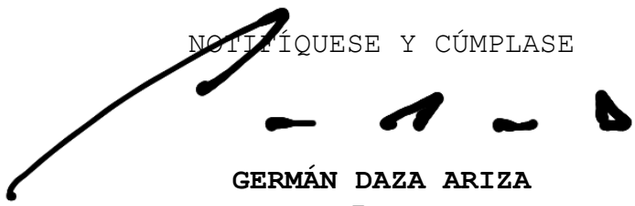
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada el 17 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, Cesar.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMÁN DAZA ARIZA
Juez